



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARCELLE MATOS GAGLIANO**

**LIMITAÇÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO COMO  
AFRONTA À SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL E SOCIAL**

Salvador  
2013

**MARCELLE MATOS GAGLIANO**

**LIMITAÇÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO COMO  
AFRONTA À SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL E SOCIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**MARCELLE MATOS GAGLIANO**

### **LIMITAÇÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO COMO AFRONTA À SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL E SOCIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Cristiano Chaves, a quem a paixão pelo direito inspira por estar sempre presente e disponível em cada etapa da construção deste trabalho, pelo apoio e incentivo nos momentos de insegurança.

A minha irmã, Lidia, que me ensinou o que é família.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por serem tão solícitos e disponíveis.

"Acredito nos atos simples de bravura, na coragem que leva uma pessoa a se levantar em defesa de outra."

Veronica Roth

## RESUMO

O presente trabalho investiga ao longo do direito civil e vai buscar na base da instituição a razão pela qual o legislador resolveu restringir a autonomia privada para garantir a tutela dos interesses de alguns herdeiros, que pressupõe ser parentes de vínculos afetivos mais íntimos. Uma análise ao decorrer do tempo questionando se a causa que gerou a necessidade dessa tutela ainda permanece na sociedade nos dias atuais. Passa pelos institutos basilares do direito sucessório, pelas liberdades que são concedidas ao testador e as restrições que a ele foram determinadas. E por fim, explora questões atuais acerca dessa restrição, a fim de averiguar se esta cumpre a função pela qual foi criada ou se houve uma distorção desse instituto. Devendo hoje, a luz de uma sociedade distinta daquela quando a tutela foi criada, executar uma ponderação de interesses para uma reformulação da guardida suscitada.

**Palavras-chave:** função social; testamento; legítima; liberdade; economia; solidariedade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	<b>12</b>
2.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	12
2.1.1. Histórico do Direito Civil.....	12
2.1.2. Direito Civil Brasileiro .....	14
2.2. UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	16
2.2.1. Direito Público x Direito Privado.....	17
2.2.2 Hierarquia do Ordenamento Jurídico .....	18
2.3. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL .....	20
2.4. ALTERAÇÕES DO CÓDIGO A PARTIR DE UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL.....	23
2.4.1. Aplicação direta da constituição.....	23
2.4.2. Novos princípios norteadores do código civil.....	25
2.4.3. Aplicação da Constituição de 1988 no Direito de Família.....	29
<b>3 LIBERDADE DE TESTAR</b> .....	<b>32</b>
3.1 DIREITO DA SUCESSÕES.....	33
3.2. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA .....	34
3.2.1. Do Testamento em Geral .....	35
3.2.1.1. <i>Das Formas de Testamentos</i> .....	37
3.2.2. Disposições Testamentárias .....	39
3.2.2.1. <i>Regras Gerais</i> .....	39
3.2.2.2. <i>Interpretação das Disposições Testamentárias</i> .....	40
3.2.2.3. <i>Regras Permissivas</i> .....	42
3.2.2.4. <i>Cláusulas de Limitação do Direito do Sucessor</i> .....	44
<b>4 LIMITES A LIBERDADE DE TESTAR: LEGÍTIMA</b> .....	<b>47</b>
4.1 LEGÍTIMA.....	48
4.1.1 Cláusula sobre a legítima .....	53
4.1.2. Herdeiros Necessários.....	54

<b>4.1.3. Cálculo da Porção Indisponível .....</b>	<b>55</b>
<b>4.1.4. Deserdação .....</b>	<b>56</b>
<i>4.1.4.1. Extensão da legítima para doações inoficiosas.....</i>	<i>57</i>
<b>4.2. REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS .....</b>	<b>58</b>
<b>4.2.1. Doações inoficiosas.....</b>	<b>58</b>
<b>4.2.2. Testamento Inoficioso .....</b>	<b>60</b>
<b>4.2.3. Ordem de Redução.....</b>	<b>60</b>
<b>4.2.4. Ação de Redução .....</b>	<b>62</b>
<b>5 FUNÇÃO PROMOCIONAL DO TESTAMENTO.....</b>	<b>64</b>
5.1. DESCONTEXTUALIZAÇÃO DA PREVISÃO DE FAMÍLIA.....	65
5.2. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	70
5.3. PONDERAÇÃO DE INTERESSES: DIREITO DO SUCESSOR X VONTADE ÚLTIMA DO TESTADOR .....	71
<b>5.4.1. Da obrigação de prover o sustento do incapaz.....</b>	<b>74</b>
<b>5.4.2. Dos malefícios econômicos provenientes da garantia da legítima .....</b>	<b>75</b>
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa avaliar a validade da tutela garantida aos herdeiros forçosos, se esta se coaduna com a razão pela qual foi primordialmente constituída, se com a evolução do direito e da sociedade decompôs a circunstância pela qual se alicerçou a restrição da autonomia privada. Tendo em vista a imutabilidade das disposições sucessórias ao longo do tempo, é indispensável que se faça uma revisão da regularização dos institutos seculares para que possa se certificar de que não se tornaram normas vazias no decorrer do tempo.

A sociedade está em constante evolução e dificilmente esse desenvolvimento é acompanhado pela produção legislativa. No primeiro capítulo será retratada a constitucionalização do direito civil, mostra a gradativamente a evolução sociológica e o direito responde posteriormente aos ensejos trazidos pela sociedade.

Passa pelo Direito Romano onde se inicia a idéia de legítima, com o intuito de proteger a família da liberdade plena do testador, concomitantemente, revela o papel da família naquela sociedade, e o poder patriarcal a qual ela se submetia. O direito romano se expande e impõe seu regramento a outras civilizações, por termos resquícios do direito romano no nosso direito, de institutos e concepções que foram antes pensadas por eles.

Com a progressão na história, esbarra-se nas idéias iluministas, o código de Napoleão e a burguesia que se incitava contra o absolutismo concretizado naquela era. O absolutismo dará espaço para um governo agora baseado na liberdade e na autonomia privada, a idéia de estado mínimo, que interferiria apenas para garantir a harmonização social. O capitalismo, então, corre desenfreado em uma realidade que não possui uma visão da coletividade, o individualismo prepondera, esse modelo entra em crise após segunda guerra mundial, e inicia-se um estado de bem estar social, onde o estado interfere nas relações privadas a fim de garantir que haja um equilíbrio entre as partes das negociações.

No Brasil, o código de 1916 foi fortemente influenciado pelo Código de Napoleão, e tinha bem enraizado os princípios do mesmo: liberdade, autonomia e o individualismo. O código civil nessa época era o centro das normas nas relações privadas, entretanto essa codificação se concretizou quando a realidade não mais se

coadunava com tais perspectivas. Paralelo ao código civil velho, o país passava por uma sucessão de constituições que não possuía efetividade, até que em 1988 promulgou a atual Constituição Federativa da República.

A Lei Maior unifica o ordenamento jurídico e se estabiliza no topo da hierarquia das normas, sedimentando preceitos diversos daqueles priorizados pelo código civil de 1916, na busca pela solidariedade, dignidade da pessoa humana e o interesse da coletividade.

Nesse contexto houve uma dissonância do Código Civil com a Constituição Federal, e em nome da superioridade da Carta Magna se impôs uma releitura dos institutos do Código Civil para que fosse realizada no seu regramento uma interpretação conforme à constituição. A Constituição incorpora direitos essencialmente privados, e aplica a eles uma visão condizente com os preceitos modernos sedimentados.

O segundo capítulo restringe-se a um estudo mais específico do direito sucessório, conceituando elementos basilares a fim de facilitar a compreensão do estudo do tema.

Ainda nesse mesmo capítulo adentramos na discussão existente acerca da liberdade de testar, se ela deveria ser absoluta ou a ela devem ser edificadas restrições decorrentes da legislação. É perceptível que cada vez mais essa liberdade vem sendo mitigada em nome da proteção à entidade familiar definida pela lei.

Elencam-se as liberdades que o testador vai ter na hora de dispor de sua vontade, por exemplo, a ele é dada as vias ordinárias em que será possível realizar o testamento, instituindo as mais variadas espécies do mesmo, sendo facultativo ao testador escolher uma delas. Todavia, a partir do momento que o autor da herança escolhe a forma que vai dispor da sua vontade, ficará limitado às solenidades previstas na lei.

Há ainda a liberdade de fazer disposições patrimoniais ou extrapatrimoniais, e quando sua liberdade é restrita na parcela reservada do seu patrimônio, a ele, também, é concedido fixar cláusulas restritivas do direito do sucessor.

Com o objetivo de captar melhor a vontade do testador, quando estivermos diante de uma disposição testamentária dúbia é necessário fazer a disposição dessas interpretações para que seja melhor aproveitado o testamento.

O terceiro capítulo versa acerca das restrições feitas à autonomia do testador, que será, essencialmente, a proteção que o estado dá a 50% (cinquenta por cento) do montante hereditário a fim de que este seja destinado aos herdeiros necessários.

A legítima é a maior restrição feita à liberdade de testar, nesse sentido adentrou-se na instituição a fim de avaliar a legitimidade do privilégio que o legislador deu a essa tutela suprimindo o direito à liberdade e à autonomia privada. Surge em uma época em que a família depende do homem para se manter, ele é o provedor da mesma, nessa perspectiva a falta do homem desestabilizaria toda a linhagem.

A tutela é feita em favor dos herdeiros necessários, deverá ser calculada após o abatimento dos débitos do de cujus e das despesas do funeral, como metade do patrimônio hereditário. Apesar de ser uma restrição ao direito de liberdade do testante, são concebidas algumas iniciativas.

Diante da ofensa à legítima, o legislador instituiu remédios para que possam pudessem recompor a integridade da mesma, deverá ocorrer a redução das disposições testamentárias e determinou uma ordem para que essa supressão fosse feita.

Por fim, no quarto capítulo, há a discursão acerca da legitimidade de perpetuação da proteção no direito contemporâneo. Discute-se também uma previsão da família, que veio se desvirtuando ao longo do tempo, e ainda, a intervenção do estado nessa relação privada, que baseia em um argumento que é deturpado pela realidade fática do nosso país.

## 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O direito surge a partir de uma necessidade pela convivência humana em aglomerados, a começar do momento em que o ser não é apenas um, mas uma sociedade, na qual se mostram necessários regramentos para o convívio social.

Nos primórdios, o Direito Civil designou-se a disciplinar as relações interpessoais, uma tutela do indivíduo e de sua autonomia e liberdade com restritas limitações, apenas com o objetivo de garantir a convivência social. O Direito Público visava tutelar relações de interesses da coletividade. Esferas distintas, quase impermeáveis.<sup>1</sup>

Inicialmente faz-se necessário tecer alguns comentários para a melhor compreensão do tema.

### 2.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL

O Direito foi construído e se desenvolve junto com a sociedade, refletindo o conceito e a moral da mesma, com as mudanças de concepções sociais os valores protegidos pela Ciência Jurídica também converteram-se. Assim, é de fundamental importância fazer uma análise no curso da história da progressão do Direito, pois a compreensão de onde estamos clama por um estudo de uma construção realizada no decorrer do tempo.

#### 2.1.1. Histórico do Direito Civil

O Direito Romano é um grande marco introdutório para a história do Direito Civil. Até então o “direito privado era um só, sendo as relações entre particulares reguladas por um conjunto de normas sem diferenciação”<sup>2</sup> que passou a ser dividido em dois ramos, o *jus civile*, o direito dos cidadãos, baseado nos costumes de seus

---

<sup>1</sup> MORAES, Maria Celina Bondin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 mai 2013.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 15. V.1.

antepassados; e o *jus gentium*, que regulava a relações traçadas pelos estrangeiros.<sup>3</sup>

Com a expansão do Império Romano, no século III, começou a universalização do Direito Romano, que se difundia por inúmeros povos do continente Europeu. Foi então determinado que houvesse a compilação dessas normas no *Corpus Iuris Civile*<sup>4</sup>, dada a necessidade de uma codificação dos costumes romanos, facilitando o conhecimento e o estudo do mesmo.

Durante a Idade Média, devido à forte presença do Direito Canônico, a perspectiva do direito voltou-se para um direito natural, deixando de lado a pretensão pela codificação. Já na Idade Moderna, sob densa influência do Direito Romano, aflora, mais uma vez, o esforço para uniformizar o Direito.<sup>5</sup>

Dentre todos os documentos feitos nesse período, o de maior relevância é o Código de Napoleão, escrito a partir de premissas Romanas e com fortes traços dos movimentos que a sociedade saboreava naquela época, tal como o Iluminismo, Revolução Francesa, o enfraquecimento do Estado absoluto e, conseqüentemente, da nobreza, e a ascensão da burguesia.

Pelo que se denota da doutrina, o direito de propriedade, nessa fase da história, serviu de paradigma ou termômetro para uma verdadeira revolução social, política e econômica, em uma fase de afirmação de um novo modelo de Estado, no qual a liberdade, a igualdade e a fraternidade foram expressões que serviram de inspiração ideológica, mesmo que com um conteúdo formal, sem a conotação substancial conferida nos dias atuais.<sup>6</sup>

O Código Napoleônico era composto por três livros: o primeiro trata das “pessoas”; o segundo refere-se aos “bens e as diferentes modificações da propriedade”; e o terceiro retrata “diversos modos pelos quais se adquire propriedade”.<sup>7</sup> É um código que foi construído frente às frustrações burguesas a intervenção excessiva de um Estado Absoluto em declínio e, por essa razão tem como características predominantes o individualismo, a liberdade e autonomia privada. É o rastreo pela proteção do indivíduo em face do Estado, “alcançável através da predisposição de

---

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 74. V.1.

<sup>4</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 82. V.1.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

<sup>7</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: ATLAS S.A., 2011, p 91-92.

um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica”<sup>8</sup>.

Seu espírito reflete a mentalidade individualista da época, tendo servido ao desenvolvimento das forças produtivas nascentes. Foi considerada o Código da burguesia, por ter atendido aos interesses e aspirações dessa classe, mas, como esclarece Solari, não se redigiu no propósito de ser lei de privilégios; ao contrário, a intenção foi elaborar um Código impessoal, expressão eterna das coisas, para ser aplicado sem distinção de classe, e sem limite de tempo.<sup>9</sup>

O contrato e a propriedade eram esferas de maior expressão nesse instrumento, como bem acentua Miguel Reale:

Quanto ao direito de propriedade, vale a pena esclarecer o sentido real do famoso art. 544 do Código Civil de Napoleão, cujo teor é o seguinte: ‘A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos.’<sup>10</sup>

Essa percepção, no decorrer da evolução jurídica, será sobreposta pela proteção à vida, solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

### 2.1.2. Direito Civil Brasileiro

No período colonial, o direito brasileiro era o direito português. Em 1822, após a proclamação da independência, foi determinado que o Brasil continuasse com as Ordenações Filipinas até criar seu próprio ordenamento. No direito civil, as ordenações Filipinas vigoraram até o início do séc. XX.<sup>11</sup>

Ao longo do séc. XIX houve tentativas de elaborar um código civil brasileiro. A primeira foi com Teixeira de Freitas, o qual, inicialmente, fez uma consolidação das leis civis e depois trabalhou cerca de onze anos na elaboração do código civil brasileiro, quando afastaram-no por causa da demora na finalização do projeto. O código argentino é uma adaptação baseada no esboço de Teixeira de Freitas e na consolidação também feita por ele. No Brasil, nunca houve vigência.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> MORAES, Maria Celina Bondin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 mai 2013.

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2009, p. 57.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 89.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63-64.

<sup>12</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Em 1899, o jurista Clóvis Beviláqua foi chamado para elaborar um anteprojeto com a intenção de limpar e revisar o trabalho de Coelho Rodrigues. Beviláqua concluiu seu trabalho ao final do mesmo ano, que foi promulgado em 01 de janeiro de 1916.<sup>13</sup>

Assim como as demais compilações jurídicas de seu tempo, o Código Civil Brasileiro de 1916 era a lei maior do direito privado, “de fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais”<sup>14</sup>.

Em virtude do longo tempo de construção, o Código de 1916 é tardiamente liberal. Ideologicamente foi baseado no código civil francês e estruturalmente alicerçado no código civil alemão. Envelheceu rapidamente em virtude da rápida mudança ocorrida no séc. XX. Individualista e patrimonialista, esse código via o homem em conformidade com o seu patrimônio. Partia do pressuposto de que todos são iguais, o que só aumentava a desigualdade. Dava as pessoas liberdade no âmbito comercial.

Com a revolução industrial começa a aglomeração de grupos econômicos que, influenciados por um movimento mundial, passam a reivindicar uma intervenção do Estado na economia. Em atenção às necessidades exaladas pelo povo, o Estado criou normas extravagantes que possuíam diretrizes distintas da “Constituição Civil” vigente no Brasil. Nota-se que, apesar da criação desses microssistemas, o Código Civil não perde seu caráter unitário de tutela das relações privadas, pois a aplicação dessas novas regras era apenas um desvio da rotina regulamentar.<sup>15</sup>

Acompanhando a prosperidade social, cada vez mais os princípios amparados pelos valores humanos mudaram para uma concepção mais solidária, na busca pela dignidade da pessoa humana. Dessa forma, com a rápida evolução que ocorrera na sociedade, somada à idéia de um código que já nasceu velho, fez-se necessário uma atualização das normas que regulamentavam as relações privadas. Nesse sentido ensina Caio Mario da Silva Pereira:

Reconhecendo a necessidade de revisão do Código de 1916, diante das profundas transformações sociais e econômicas, entendeu o governo ser conveniente empreendê-la, disto encarregando três eminentes civilistas, Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnenmann Guimarães. Está comissão focalizou a necessidade de seguir as modernas tendências do

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63-64.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil- Tomo I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2-3.

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p. 4-5

pensamento jurídico e de reduzir excessos do individualismo, incompatíveis com a ordem jurídica de novos tempos (...)<sup>16</sup>.

Frustrada a tentativa de reforma e já admitida a necessidade de revisão do Código de 1916, novamente em 1963, Orlando Gomes faz um projeto de código civil. Posteriormente, na década de 70, Miguel Reale, juntamente com outros juristas, elaborou um anteprojeto de código civil. Nesse contexto, o Projeto de Lei n. 634, de 1975, começou a tramitar. Em 84, estava quase totalmente aprovado, mas havia a iminência de uma nova constituição, que posteriormente veio a ser promulgada em 1988, trazendo grandes alterações primordialmente no Direito de Família, sob perspectiva moderna de preceitos e concepções contemporâneas.<sup>17</sup>

Devido a essa nova visão apresentada pela atual Carta Magna, houve a necessidade de uma revisão no projeto de 1984, pois era preciso que fosse retificado conforme diretrizes constitucionais. Por fim, somente 14 anos após a promulgação da Constituição de 1988 foi publicado o atual Código Civil Brasileiro.<sup>18</sup>

O atual Código Civil Brasileiro, novamente, está em descompasso com a sociedade. O novo código apenas consolidou pensamentos que já estavam bem assegurados pela jurisprudência brasileira, mas deixou de fora inúmeros outros conceitos e se mostra muito atrasado, principalmente quando comparado com a nova Constituição publicada em 1988.<sup>19</sup>

## 2.2. UNIDADE DO ORDENAMENTO JURIDICO

O Direito é babélico, pois as normas jurídicas que compõem o repertório desse sistema jurídico são produzidas por diversos sujeitos e fontes (Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo, sociedade, entre outros). Essas normas que estão em constante conflito muitas vezes regulam o mesmo fato direcionando sentidos opostos, tornando-se imprescindível um sistema de organização a fim de que a sociedade possa ministrar a efetivação dessa ciência. Precisa-se conceber

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.73.

<sup>17</sup> SILVIO, Rodrigues. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14. V.1.

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 46-47.

<sup>19</sup> *Ibidem.*, p. 47-49.

que seus elementos estão organizados ou reconhecer um padrão de organização nas suas estruturas, para a compreensão do ordenamento.

“Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma.”<sup>20</sup>

Na mesma linha de raciocínio Gustavo Tepedino ensina que “a constituição exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de fontes normativas”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, partindo da premissa que nosso sistema jurídico possui uma ordenação de seus componentes, estabelecendo uma hierarquia entre seus elementos normativos, e que a Carta Magna está no topo dessa esquematização, todas as demais compilações, anteriores ou posteriores, deverão estar em consonância com a essência constitucional.

### 2.2.1. Direito Público X Direito Privado

A distinção entre Direito Público e Privado é, sobretudo, feita para fins pedagógicos, didáticos, é artificial, teórica. O Direito deve ser entendido como um sistema integrado, todavia, a dicotomia permanece por razões instrutivas, e pela tradição.<sup>22</sup>

“Distinção entre o direito público e privado, entendendo-se aquele como o conjunto de normas com as quais o Estado determina a própria estrutura e organiza e regula as relações com os cidadãos, e por direito privado, o conjunto de normas que se destinam a regular as relações entre particulares”<sup>23</sup>.

O primeiro subdivide-se em Interno e Externo, sendo o Direito Internacional a única área do Direito Público Externo. O direito público interno possui diversas áreas como direito constitucional, direito eleitoral, direito administrativo, entre outras. Já o direito privado é o direito civil por excelência, além do direito do trabalho, direito do consumidor e o direito comercial.<sup>24</sup>

Não obstante, é necessária a compreensão que o fato da norma disciplinada ser de direito público ou de direito privado não significa que apenas terá incidência desse

<sup>20</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1999, p. 49.

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil- Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.28.

<sup>22</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: ATLAS S.A., 2011, p 58.

<sup>23</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32-33.

ramo, uma vez que atualmente há uma superação da dicotomia direito público - direito privado para a aplicação do sistema de forma conexa, entrelaçada.<sup>25</sup>

### 2.2.2. Hierarquia do Ordenamento Jurídico

O Ordenamento jurídico é um complexo de normas, que apresenta uma necessidade de organização para que haja a compreensão racional dessa estrutura. Partindo da concepção que as normas não estão isoladas, mas compõem um ordenamento sistemático, com um padrão de organização a fim de que o direito possa ser aplicado com uma compreensão da totalidade do mesmo. <sup>26</sup> “A complexidade do ordenamento não exclui sua unidade. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário.”<sup>27</sup>

Para que haja nexos no ordenamento é necessário compreender a conformação jurídica não só como uma unidade, mas também como um sistema. Desse modo pressupõem que os elementos não estão apenas concatenados, mas que há, também, coesão entre eles.<sup>28</sup> Com base na coerência entre as normas há a conjunção daquelas que possuem sentidos semelhantes e o distanciamento das que destoam e, como consequência desse isolamento, pode-se perceber e expelir a antinomia.<sup>29</sup>

As normas são construídas ao longo do tempo e tentam refletir os conceitos e a moral de determinada sociedade. A sociedade evolui, e com ela as suas concepções também progridem, constituindo novos conceitos jurídicos fundamentados em novos valores que outrora não foram tão estimados. Dessa forma, é possível que, devido ao espaçamento entre o tempo da criação das normas e constante alteração dos valores sociais, coexistam no mesmo sistema leis que se contradizem, que indiquem comportamento humano diversos.

---

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bondin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 mai 2013.

<sup>26</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Curso de Introdução ao Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 122.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 48.

<sup>28</sup> Ibidem., p. 71.

<sup>29</sup> Ibidem., p.75.

Dos conflitos gerados pelas antonímias jurídicas, Professor Ricardo Mauricio apresenta formas de solução, utilizando os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. O critério hierárquico, em que a norma superior prevalece sobre a inferior, é o primeiro critério a ser analisado por ser o mais importante.<sup>30</sup>

Para melhor visualização da hierarquia das normas Hans Kelsen propõe uma analogia: o sistema jurídico poderia ser representado metaforicamente como uma pirâmide, em que no topo, está a constituição, abaixo as leis, em seguida os atos administrativos e na base da pirâmide estariam as normas mais específicas como os contratos, testamentos, decisões judiciais. Nessa interpretação, fica evidente que quanto maior a generalidade da norma, maior será sua posição. Por essa razão encontra-se a Constituição no topo do ordenamento, e quanto mais específica e individual, menor será sua escala.<sup>31</sup>

As relações entre as normas jurídicas são relações de validade. A norma jurídica inferior deve ser produzida consoante com a norma superior para que seja válida, tanto no sentido formal, no aspecto de procedimento e competência de formação da norma, quanto material, no que diz respeito ao conteúdo declarado que deverá estar de acordo com os princípios constitucionais.<sup>32</sup>

Devido a sua posição hierárquica a *Lex Fundamentalis* exerce um poder de limitação nas demais normas inferiores do sistema. As normas superiores, por sua vez, exercem dois tipos de restrição sobre a norma inferior: estas se submeterão a uma contenção formal e/ou material.<sup>33</sup> Quando a Constituição ressalta, em seu teor a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>34</sup> não poderão, sob nenhuma hipótese, serem admitidas no ordenamento jurídico pátrio consolidações normativas que estabeleçam qualquer diretriz que profane esses direitos. Isso é uma limitação material que a Carta Magna exerce sobre as normas inferiores do sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, da necessidade de adequação da norma inferior pela norma superior, após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, fez-se

---

<sup>30</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Curso de Introdução ao Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 135.

<sup>31</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Curso de Introdução ao Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 123-125.

<sup>32</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192-197.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1999, p. 53-55.

<sup>34</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 out. 2013.

imprescindível uma releitura do Código de 1916, que até então exaltava uma visão individualista e patrimonial da sociedade brasileira. Essa perspectiva apresentada pelo Código Civil de 1916 é dissonante com a nova realidade constitucional agora fundamentada na solidariedade, dignidade da pessoa humana, na coletividade e igualdade.

### 2.3. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

As constituições, desde o séc. XIX, têm sido sucedidas e alteradas ao sabor das ideologias do momento. As mudanças refletem as alternâncias ideológicas. No entanto, o Código Civil se manteve. O código é reflexo do liberalismo, que é uma ideologia burguesa, individualista e patrimonialista. Porém, essa ideologia não reflete a constituição atual.

Logo após a Primeira Guerra Mundial, com os movimentos sociais houve uma alteração profunda no direito brasileiro, que passa a aceitar a intervenção do Estado na economia. O Código Civil perde seu caráter de exclusividade, com novas leis extracodificadas direcionadas aos novos acontecimentos decorrentes da revolução industrial com intuito de equilibrar as relações já instauradas com o liberalismo.<sup>35</sup>

Com a perspectiva de um estado voltado para o bem estar da coletividade, surge a constituição de 1988 que assume o papel central e supremo do ordenamento jurídico brasileiro e traz como institutos norteadores, princípios e normas, que abrangem o direito público e privado.

Para que coexistam no mesmo ordenamento um código civil liberal e uma constituição social é necessário que haja uma releitura do Código Civil, por ser norma inferior à constituição, e faça uma interpretação deste a partir dos axiomas constitucionais instituídos.<sup>36</sup>

Em uma codificação liberal não poderia haver um forte braço do Estado intervindo nas relações interpessoais. Em um Estado Social há, além do regulamento político feito pela constituição, uma intervenção na ordem econômica e social. Os interesses

---

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.2-7.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 45.

individuais não são absolutos, há uma ponderação de interesses onde pesa também o interesse coletivo, a fim de evitar abusos e garantir a afirmação da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o texto constitucional. Assumiu a Carta Magna um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares etc.<sup>38</sup>

A partir da supremacia imposta à Constituição Federativa, da hierarquia das normas estipulada pelo nosso sistema, da posição de ordinária que o Código Civil passa a ter, e uma evidente distinção entres os alicerces que construíram e ideologizaram cada um desses instrumentos, mostrou-se inafastável uma releitura do código civil, para uma aplicação direta dos princípios, normas e valores estabelecidos pela norma superior.

De fato, valores constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcam decisivamente a mudança do direito civil contemporâneo, outrora de base patrimonial, para fincar as suas raízes no terreno do humanismo, provocando uma despatrimonialização deste ramo do Direito, o que inevitavelmente levará à sua repersonalização, exigindo-se de todos uma releitura do Direito Civil a partir de lentes da Constituição e em consonância com os valores humanos.<sup>39</sup>

O direito civil constitucional quer que esse código civil liberal, na sua aplicação, seja implementado para ser aplicado de acordo com a ideologia contemporânea. O nosso código civil resulta de uma tradição patrimonialista, então se impõe uma releitura. Teremos, dessa forma, um código civil aplicado conforme a constituição, transformado pela normatividade constitucional.

Detém o objetivo de uma superação lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornaram prioritários pela Lei Maior. Extraíndo da Carta Magna os fundamentos da validade jurídica do direito civil. Impor uma hermenêutica, a fim de obter um complexo de normas uniforme com a ideologia expressa pelo sistema normativo, buscando o uso dos princípios constitucionais do direito civil. Há

---

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 62-63.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 65.

<sup>39</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 60.

uma maturação muito maior dos institutos do direito civil do que dos institutos constitucionais.

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil-constitucional, isto é, um direito civil interpretado e aplicado à luz dos valores constitucionais, reconhecidos nos meios acadêmicos e também pelos tribunais. Na metodologia de interpretação do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais impõem as relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito civil.<sup>40</sup>

Oportuna a distinção entre os institutos publicização do direito civil e constitucionalização do direito civil que, apesar de próximos, não são os mesmo fenômenos. A Publicização do direito privado é o processo de intervenção legislativa infraconstitucional no direito privado, reduzindo a autonomia privada, impondo normas cogentes, normas impositivas que não podem ser derrocadas pela vontade das partes, com o intuito de equilibrar a relação entre as partes que muitas vezes se mostram hipossuficiente em relação ao outro.<sup>41</sup>

Quando se percebe que é necessária a intervenção do Estado para proteger alguém editando leis, há uma publicização, a qual é um fenômeno que se dá no plano infraconstitucional.

A Constitucionalização, de modo diverso, tem por fim submeter o direito positivo, incluindo o direito civil, aos fundamentos de validade constitucionais estabelecidos. Há uma transposição dos ideais modernos para os institutos do direito privado, todavia sem retirar dessas normas a natureza privada que possuem.<sup>42</sup>

Para melhor compreensão e aplicação em termos práticos, a publicização ocorre, por exemplo, no direito do consumidor, quando o Estado intervém na relação de consumo a fim de gerar uma condição de igualdade do consumidor que é hipossuficiente para com fornecedor, ou quem a ele esteja equiparado, o estado cria normas infraconstitucionais para que haja um equilíbrio no vínculo. Por outro lado, a constitucionalização está presente quando há uma reinterpretação nos institutos do direito de família, a partir de axiomas constitucionais, como a igualdade entre os filhos, que não mais permite a distinção de tratamento do pai com o filho havido fora do casamento, apesar de ser uma norma essencialmente privada.

---

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.19.

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 70.

<sup>42</sup> Ibidem., loc. cit.

## 2.4. ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DE UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 incorporou ao seu texto institutos do direito privado que outrora eram apenas tratados no código civil. Trouxe também para a constituição o direito de família, de propriedade, a atividade econômica entre outros, e deu a estes uma interpretação a partir de novas perspectivas construídas conforme com a ideologia época.<sup>43</sup>

### 2.4.1. Aplicação direta da constituição

Logo quando surgem os Direitos Fundamentais, estes surgem em uma eficácia vertical, uma expressão de defesa do indivíduo em face do Estado. Entretanto, “os direitos fundamentais constituem garantias constitucionais universais (e cláusula pétrea), motivo pelo qual não se pode pretender represá-los somente nas relações de direito público”<sup>44</sup>.

Em razão da constitucionalização do Direito Civil, houve uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. “A Constituição de 1988, mais do que compatível, reclama uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais”<sup>45</sup>. Dessa forma, os Direitos Fundamentais passam a ter uma aplicação de eficácia horizontal, o sujeito tem a proteção desses direitos sob qualquer forma de relacionamento, seja ele com outro particular (eficácia horizontal), ou com o Estado (eficácia vertical).

---

<sup>43</sup> MAGALHÃES, Lucia Regina Esteves de. **10 Anos de Código Civil: A evolução Civil-Constitucional do direito.** Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_195.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_195.pdf)>. Acesso em 26 de maio de 2013.

<sup>44</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 11 ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 72.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang apud SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.291.

Coadunando com essa perspectiva de aplicação da eficácia horizontal dos Direitos fundamentais, tem o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 201.819/RJ<sup>46</sup>.

I-EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Nota-se que há uma aplicação clara de eficácia horizontal dos direitos fundamentais no recurso extraordinário apresentado. A defesa é baseada na não aplicação do direito do contraditório e da ampla defesa, determinado pela constituição. E o Supremo Tribunal Federal decide no sentido de que apesar de ser uma relação privada, esta não está imune a incidência dos preceitos fundamentais, assegurando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na mesma linha de raciocínio Carlos Roberto Gonçalves cita outros exemplos em que o Supremo Tribunal Federal mantém esse posicionamento:

Outros precedentes da mesma Corte, entendendo razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, podem ser mencionados: RE 160.222-8- entendeu-se como constrangimento ilegal a revista em fábrica de lingerie; RE 158.215-4- entendeu-se como violado o princípio do devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa, sem direito à defesa; RE 161.243-6- discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa "Air France", mesmo realizando atividades idênticas. Determinação de observância do princípio da isonomia.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> STF. AC. 2T., RE 201.819/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 11.10.05, DJU 27.10.06, p 1..

<sup>47</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

“Trata-se, de verdadeira antonímia, ditada pela autonomia das relações privadas, consagrada pelo próprio direito privado ao longo de gerações, e eventual detrimento dessa autonomia, ante a vinculação de particulares aos direitos fundamentais”<sup>48</sup>. Entretanto, diante da ponderação de valores, é razoável o afastamento da autonomia privada em nome dos princípios que se consagram.

Ademais, ressalta-se que essa submissão às premissas constitucionais não é de condição exclusiva do Código Civil, mas de todas as compilações jurídicas infraconstitucionais existentes no ordenamento pátrio. Inclusive as relações que se encontra o indivíduo em face da sociedade, não podendo sobrepor o interesse público sobre o privado quando houver agressão aos direitos fundamentais.<sup>49</sup>

#### **2.4.2. Novos princípios norteadores do Código Civil**

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil provocou mudanças extremamente relevantes na interpretação e, principalmente, na aplicação do Código Civil aos casos concretos que necessitem da sua incidência. Sob a ótica de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>50</sup> acerca to tema, pode-se aferir que o Código Civil de 1916 sofria forte influência no liberalismo econômico daquela época em que vigorou e, por isso, preocupava-se demasiadamente com a proteção patrimonial, o que já não ocorre com o Código Civil de 2002.

Esta perspectiva notadamente patrimonialista e individualista do antigo Código Civil já não condizia com os ideais constitucionais presentes na atual Magna Carta. Deste modo, a importância do novo Código Civil consiste no afastamento dos antigos valores destacados anteriormente e na busca dos novos paradigmas ligados aos valores da Constituição da República, quais sejam os direitos, os princípios e as garantias fundamentais<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> VALE, Ionilton Pereira do. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. **Revista de Direito Privado**. ano 11, n. 44, out-dez, 2010, p 59.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 75-76.

<sup>50</sup> Ibidem., p. 49.

<sup>51</sup> Ibidem., p. 49.

Em consonância aos ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho<sup>52</sup> aduzem que "a Constituição de 1988, sancionada em 5 de outubro, veio completar, no plano jurídico, a definitiva assunção, pelo Estado Brasileiro, de sua feição democrática". Neste sentido, os autores destacam que a Carta Cidadã de 1988 se estabelece sobre a noção de "Estado Democrático de Direito", estabelecendo como valores essenciais da ordem jurídica pátria, "os ideais de dignidade, de igualdade, de liberdade, de segurança, de propriedade e de justiça, antepondo-os como inerentes à natureza humana, ao Estado, ao legislador e ao intérprete (tanto doutrinário quanto judicial)<sup>53</sup>".

Cleyson M. de Mello e Thelma Fraga<sup>54</sup> destacam que o Direito Civil no auge da sua publicização após o advento da CRFB/1988, reconhecido, atualmente, um Direito Privado socializado, publicizado e, principalmente, constitucionalizado, "no sentido de maior relevo para a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, nortes da nova ordem constitucional brasileira". O que se espera, hodiernamente, é que os intérpretes do Direito apliquem o Direito Civil sob a luz do Direito Constitucional.

É possível destacar três princípios básicos do Direito civil-constitucional surgido após a iluminação da Constituição Republicana de 1988 no atual Código Civil de 2002, são eles: os da socialidade, eticidade e operabilidade.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>55</sup> destaca que o sentido social, trazido pelo princípio da socialidade, é uma característica muito marcante do novo Código Civil, que contrasta veementemente o sentido individualista característico do Código Civil anterior.

O Código Civil de 1916, refletindo uma perspectiva da sociedade que retratava, concedia ao indivíduo um direito subjetivo pleno, acreditando que a satisfação de cada indivíduo garantiria uma harmonia na sociedade, se todos estivessem felizes individualmente a coletividade também estaria feliz. Partindo dessas premissas não havia limitação ao direito subjetivo.

---

<sup>52</sup> BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>54</sup> MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. **Direito Civil: Introdução e Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus, 2005, p. 41 e 42.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

O Código Civil de 2002 introduziu o princípio da socialidade, que determina que cada direito subjetivo deverá estar limitado pela sua função social. “O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça o interesse próprio, mas com a condição que a satisfação individual não lese as expectativas legítimas que lhe rodeiam”<sup>56</sup>

Nesse sentido o direito subjetivo não seria mais que um livre exercício de cada indivíduo, para que haja o amparo do ordenamento jurídico pátrio é necessário que a atividade deste cumpra os anseios que a sociedade determinar. Na busca por um código que corresponda aos preceitos basilares da constituição instituída em 1988 criou-se a limitação de que os direitos individuais teriam que cumprir uma finalidade determinada pelo corpo social.

Não pode perceber esse princípio de forma equivocada, ou como má resposta diametralmente oposta ao individualismo exposto pelo código de 1916, o que esse princípio preza é o equilíbrio entre o individual e a coletividade, é o exercício do direito subjetivo, mas com uma finalidade também social.<sup>57</sup>

O princípio da eticidade, por sua vez, na visão de Pablo Stolze Gagliano<sup>58</sup>, consiste na busca da harmonização entre os valores técnicos que, inegavelmente foram alcançados durante a vigência do Código Civil de 1916 e a crescente participação dos valores éticos recentemente inseridos no ordenamento jurídico pátrio. Complementando esse raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves<sup>59</sup> aduz que este princípio “funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Portanto, prioriza a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos”.

O código de 1916 era extremamente formal e rígido, não havia espaço para juízo de valoração da norma, era uma lei seca, mas que garantia à burguesia a segurança que estes almejavam. Entretanto a aplicação fria da lei gerava no ordenamento, atrocidades à violação dos direitos humanos. Não admitindo mais essa realidade jurídica, o legislador, no Código de 2002 introduziu o princípio da eticidade, a fim de que levasse a essas normas frias valores éticos da sociedade.

---

<sup>56</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 51

<sup>57</sup> Ibidem, p. 51-52

<sup>58</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

<sup>59</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

A forma encontrada para fazer essa injeção de valores na legislação foi através de cláusulas gerais, transformou o código em um sistema aberto, capaz de aceitar uma flexibilidade em que o aplicador do direito possa inserir valor na norma na aplicação ao caso concreto<sup>60</sup>.

Finalmente, o princípio da operabilidade segue a lógica de que o direito deve ser efetivado, executado<sup>61</sup>. Este princípio implica na "concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional"<sup>62</sup>.

No Código Civil anterior não havia uma visualização real das partes da relação jurídica, apenas uma perspectiva do que estes deveriam ser, como se a norma fosse aplicada no âmbito do dever ser. O princípio da operabilidade, também chamado de concretude, traz o direito para o que a relação realmente é, ele tenta alcançar o fato e todas as suas peculiaridades, fazendo com que dessa forma, o direito seja exercido de forma efetiva. "O direito não existe mais para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executado, com praticidade"<sup>63</sup>.

Com isso, percebe-se uma maior preocupação dos operadores do Direito com a influência dos novos paradigmas da Constituição de 1988 que contribuiu para o surgimento dessa nova disciplina metodológica chamada direito civil-constitucional.

No conceito proposto por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, depreende-se que:

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil-Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado)<sup>64</sup>.

A ideia principal é estudar, interpretar e aplicar o direito privado sob a luz dos princípios constitucionais. A Constituição Federal impõe, hodiernamente, a releitura dos institutos do Direito Privado, tendo em vista as alterações provocadas no seu conteúdo. O Direito Civil-Constitucional vai além da interpretação do Direito Civil sob

---

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 54-56.

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

<sup>62</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

<sup>63</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Op. Cit.** 2013, p. 58.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 67.

a perspectiva constitucional, ele exige uma nova compreensão da estrutura interna do Direito Civil, do seu conteúdo, a partir do que dispõe a Carta Magna de 1988.<sup>65</sup>

### 2.4.3. Aplicação da Constituição de 1988 no Direito de Família

Com a alteração no sistema jurídico a partir de novos parâmetros introduzidos pela Constituição de 1988, a entidade familiar deforma sua estabilidade na base do ordenamento e passa a ser vista sob novas perspectivas. Alforria-se de uma tutela exclusiva da unidade familiar para uma proteção voltada para o respeito e a dignidade de cada indivíduo integrante daquela relação.<sup>66</sup>

Com a introdução da mulher no mercado de trabalho e suas conquistas de um novo espaço na sociedade, esta deixa de ser um sujeito inseguro e frágil para um indivíduo que passa a ter voz e participação social.

Essa inclusão social feminina faz com que a instituição familiar deixe de ser mononuclear para que tenha seus alicerces em outros pólos familiares além do homem. O direito, refletindo esse progresso, adapta essa nova realidade as suas normas, a Constituição de 1988, em seus artigos 226 a 230 demonstra claramente a integração desses novos parâmetros no seu regulamento.<sup>67</sup>

Uma questão que devemos ter bastante clara na análise da Constituição Federal de 1988, no que se refere à família, é que ela apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança na família brasileira ocorreu. Constitucionalizaram-se valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade.<sup>68</sup>

A Carta Magna de 1988 conjuntamente distanciou os princípios da individualidade e segurança, tão sedimentados pelo código de 1916, e percorreu pelas normas de

---

<sup>65</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.67

<sup>66</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420-421.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Aostana Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais. **Revista do Ministério Público**. Alagoas. N. 10, Jun/jul, 2003, p. 13-14.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do direito de Família**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, p. 91.

Direito de Família os princípios que trouxe consigo, da liberdade, igualdade, pluralismo das entidades familiares e da afetividade.<sup>69</sup>

A atual Lei Maior trouxe três grandes mudanças, a primeira delas é a aceitação das inúmeras formas de constituição da família, a qual abdica da exigência daquela família idealizada, de pai, mãe e filhos, para a compreensão de uma entidade fundada no afeto, independente de como seja constituída. A segunda alteração é a proibição de discriminação nas relações, primordialmente no tratamento entre os filhos, não havendo mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. E, por fim, a terceira grande mudança diz respeito à condição de igualdade dos sujeitos familiares, o pai não exerce mais a condição de chefe de família, como único integrante merecedor de direitos, passando a ter, homens e mulheres, igualdade de condições.<sup>70</sup>

A alteração de concepção sobre esses três temas causaram uma imensa transformação nas legislações infraconstitucionais, pelo menos 60 artigos do código civil, além da Lei sobre filhos ilegítimos, lei 883 de 1949, e a lei do divórcio, lei 6.515 de 1977.<sup>71</sup>

Apesar dos avanços apontados no Direito de Família, em razão da nova Constituição Federal e de sua eficácia horizontal gerando a alteração das normas sobre a matéria, deixou-se de fora ainda muitos temas que clamam por uma tutela jurídica, demandas que já são uma realidade na sociedade brasileira, entretanto, paradoxalmente, por um falso moralismo social, não são recepcionadas juridicamente.

Não obstante, o desamparo legal a essas relações familiares não as fazem inexistentes, ao revés, estas estão cada vez mais presentes no cotidiano brasileiro, causando lacunas no ordenamento pátrio, gerando uma insegurança jurídica. É imperativa a necessidade de tutela dessas relações familiares, que merecem a proteção tanto quando os demais tipos de famílias admitidas no ordenamento

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. **As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais**. Revista do Ministério Público. N. 10. Jun/jul. 2003. Alagoas.p. 18

<sup>70</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233-234.

<sup>71</sup> FERNANDES, Milton. A Família na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. ano 79, v. 654, abril, 1990, p. 16.

pátrio<sup>72</sup>. Não se justifica a inércia legislativa em razão de concepções conservadoras, quando a realidade dos fatos claramente diverge desses ideais.

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. **As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais**. Revista do Ministério Público. N. 10. Jun/jul. 2003. Alagoas.p. 16-17.

### 3. LIBERDADE DE TESTAR

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>73</sup> sempre foi objeto de discussões se a liberdade de testar seria absoluta, ou se deveria existir limitações impostas pela lei no momento da disposição dos bens pelo autor da herança. O testamento é instituto que possui diversos objetivos a serem produzidos depois da morte, tais como, propagar o amor, a raiva, a confissão, e por fim a desconsideração.

No império romano não havia restrições à liberdade de testar, as limitações só começaram a surgir com o período da República. Até hoje remanescem países em que a liberdade de testar é fielmente defendida por doutrinadores que utilizam os mais diversos argumentos. A absoluta possibilidade de disposição dos bens está intrinsecamente ligada ao direito de propriedade, já que é possível a ampla liberdade de alienação dos bens em vida, não seria coerente a existência de limitações à disposição dos bens para depois da morte. A liberdade de testar também asseguraria à entidade familiar uma hierarquia de comando, na qual a prole se submete aos direcionamentos estipulados pelos seus ascendentes, a fim de garantir a sua posição na futura disposição dos bens pelo autor da herança<sup>74</sup>.

Sílvio Rodrigues<sup>75</sup> ainda destaca que os doutrinadores contrários a esses argumentos afirmam que se o autor da herança deixou descendente, o mesmo tem o dever de prover o sustento dos seus filhos. Por esse motivo não seria correto, nem digno, a absoluta liberdade de testar para aquelas pessoas que possuem descendentes, pois parte da herança deve ser utilizada para resguardar os direitos destes.

A legislação brasileira, conforme a maioria das outras nações optou por limitar a liberdade de testar, desse modo o Código Civil impõe que subsistindo herdeiros necessários o autor da herança só pode dispor de metade dos seus bens, visto que a outra metade é protegida pelo instituto da legítima.

---

<sup>73</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p 155.

<sup>74</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7, p. 18-19.

<sup>75</sup> Ibidem, p.19.

Do mesmo modo Sílvio de Salvo Venosa<sup>76</sup> também ensina que o testamento é permitido, mas existem limitações a serem aplicadas quando o testador possuir descendentes, ascendentes ou cônjuge. A ampla liberdade de testar ocorre com relação aos herdeiros mais distantes, pois a lei acredita que quanto mais distante na linha de parentesco, menor será o vínculo afetivo.

É certo que perduram limitações no testamento no que se refere à parcela de bens reservada aos herdeiros necessários. O testador, porém, tem a liberdade de fixar limitações à legítima, colocando no testamento cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade ou impenhorabilidade. Além disso, na partilha, o testador também pode apontar os bens que irão fazer parte do quinhão hereditário<sup>77</sup>.

### 3.1 DIREITO DAS SUCESSÕES

Estão previstas na lei os dois tipos de sucessões existentes no nosso ordenamento, a que decorre da lei, chamada de legítima, e a que decorre do testamento, chamada de testamentária. Se o *de cuius* não declara a sua vontade, ou seja, se ele não deixa um testamento, a sucessão será legítima e todo o seu acervo hereditário será transferido para as pessoas elencadas na lei, conforme a vocação hereditária<sup>78</sup>.

Ademais, o Brasil adotou a viabilidade da coexistência das duas modalidades de sucessões, chamada de sucessão mista <sup>79</sup>. Conforme Claudia de Almeida Nogueira<sup>80</sup> ocorre quando, além das parcelas devidas aos herdeiros necessários, o autor da herança também dispõe de parte do seu patrimônio a uma pessoa estranha à linhagem protegida pela legítima.

A sucessão legítima, também denominada de sucessão legal, decorre exclusivamente da lei, não havendo disposição de vontade. Atualmente a sucessão

---

<sup>76</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p 156.

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011, p. 331.

<sup>78</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 09.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, José Lopes. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Sugestões literárias, p. 07.

<sup>80</sup> NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões: Comentários a Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2009, p. 7.

legítima é mais comum, sendo o testamento menos difundido na sociedade brasileira.<sup>81</sup>

A lei determina quem são os herdeiros legítimos, subdividindo-os em herdeiros necessários e facultativos. Os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e o conjuge. O herdeiro colateral é o facultativo, já que o mesmo pode ser expulso da sucessão pela via do testamento, conforme ensina Cláudia de Almeida Nogueira<sup>82</sup>.

A existência do testamento não excluirá a sucessão legítima, uma vez que a mesma ocorrerá sempre que existir herdeiros necessários ou ainda quando restar a existência de bens que não foram abrangidos pelo testamento. Dar-se-á a sucessão legítima também quando o testamento houver caducado ou tiver sido declarado nulo.

### 3.2 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Na sucessão legítima é a lei quem estabelece a ordem de vocação hereditária, definindo para quem deve ir o montante hereditário do finado. Ao revés, na sucessão testamentária é a vontade do testador que decide o destino dos seus bens. É certo, porém, que esse direito de dispor do testador não é absoluto, existem restrições impostas ao testamento.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>83</sup> a sucessão testamentária é regida pela vontade do autor da herança, podendo se manifestar através do testamento ou codicilo. A vontade encontra restrições na parcela destinada aos herdeiros necessários, chamada legítima.

---

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

<sup>82</sup> NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões: Comentários a Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

<sup>83</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 225.

O artigo 1.857 do Código Civil de 2002<sup>84</sup> define a sucessão testamentária como sendo aquela em que o testador dispõe dos seus bens, através de ato de última vontade, produzindo efeitos apenas após a morte.

No Brasil não é comum a sucessão testamentária, uma vez que a lei, através da sucessão legítima, agraciou pessoas que o próprio falecido consideraria na hora de dispor dos seus bens via testamento<sup>85</sup>.

Clóvis Beviláquia<sup>86</sup> ensina que a essência da sucessão testamentária está na vontade do indivíduo, porém é preciso regulá-la para que não seja contrária à ordem familiar e a coletividade como um todo.

### 3.2.1. Do Testamento em Geral

O artigo 1.626 do Código Civil de 1916 considerava o testamento como sendo um ato revogável, no qual o testador em consonância com a lei deliberava acerca do seu patrimônio após a sua morte<sup>87</sup>.

Percebe-se, contudo que em relação às características do testamento que vigora atualmente, o conceito do instituto trazido pelo Código Civil anterior apresenta falhas, pois omite determinadas particularidades importantes. O Código civil de 2002 optou por não conceituar o instituto do testamento, deixando a cargo da doutrina fazê-lo.

Maria Helena Diniz<sup>88</sup> preceitua que o testamento é ato exclusivo do autor da herança, consoante com a lei, podendo ser cancelado a qualquer momento, cujos efeitos serão produzidos após o seu falecimento, podendo deliberar da totalidade da herança ou de parte dela, contendo disposições tanto de caráter patrimoniais como extrapatrimoniais.

---

<sup>84</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.857. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

<sup>85</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7, p. 96-97.

<sup>86</sup> BEVILÁQUIA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 1. Ed. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 214.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 227.

<sup>88</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 123.

São características do testamento, a condição de ser negócio jurídico unilateral, pois basta a vontade do autor da herança para ser eficaz. Outra característica do instituto é a gratuidade. Ademais, o testamento é *mortis causa*, tendo os seus efeitos produzidos apenas após a morte do autor do acervo hereditário. A formalidade também se encontra presente no testamento, visto que a lei determina as condições necessárias para a validade do mesmo. Outrossim, o autor da herança pode revogar ou modificar, a qualquer tempo, o testamento. Por fim, o ato de testar é exclusivo do *de cuius*.<sup>89</sup>

Por ser o testamento, negócio jurídico, precisa estar em consonância com os pressupostos previstos na legislação para ser considerado válido. Atualmente, a capacidade para testar leva em consideração o instante exato em que é feito o testamento. Por essa razão “a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”<sup>90</sup>. O art. 1.860 do Código Civil de 2002<sup>91</sup> afirma ainda, que junto com os incapazes, também não podem testar os que não tiverem discernimento no exato momento de testar.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>92</sup> ressalta que o menor de dezesseis anos não pode testar, por ser absolutamente incapaz, contudo o menor relativamente incapaz possui plena capacidade ativa para realizar o testamento independente da assistência dos seus representantes.

A capacidade ativa para testar não se confunde com a capacidade passiva para adquirir por testamento. Orlando Gomes<sup>93</sup> instrui que são absolutamente incapazes para receber os bens dispostos no testamento as pessoas não nascidas ou não concebidas no momento da abertura da sucessão, além dos entes coletivos que não possuem vivência legal.

---

<sup>89</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 308.

<sup>90</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.861. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

<sup>91</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.860. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

<sup>92</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 184-185.

<sup>93</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. ver. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 98.

### 3.2.1.1. Das Formas de Testamento

Conforme citado anteriormente, o testamento é ato jurídico formal, precisa estar condicionado às regras previstas em lei para que possa produzir efeitos. A lei permite que a manifestação de última vontade se exteriorize pelas diversas formas de testamento existentes, ordinárias e especiais<sup>94</sup>.

Cada espécie de testamento possui normas próprias a ser observadas, não sendo permitido dispor dos bens de forma contrária à lei, ainda que receba o nome de testamento, caso contrário o ato será nulo.<sup>95</sup> A legislação também proíbe a combinação de mais de uma espécie de testamento, resultando em uma combinação anormal.

O testamento dispensa a ordem de vocação hereditária, determinando o destino dos bens, por esse motivo a lei é extremamente rigorosa quanto às formalidades que devem compor o testamento. O não atendimento dos requisitos previstos em lei para a constituição do testamento é de tamanha importância, pois caso os critérios estabelecidos não sejam obedecidos, poderá, o juiz, declarar a nulidade do testamento de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública<sup>96</sup>.

Contudo, o Supremo Tribunal de Justiça vem reduzindo a exigência de formalidades previstas em lei no momento da realização do testamento. Admitindo que o verdadeiro objetivo do testamento seja assegurar a vontade do autor da herança e proteger o direito dos herdeiros. É o que se pode perceber através da ementa do acórdão relacionado ao Recurso Especial de número 302767-PR, proferida pelo Ministro Cesar Asfor Rocha da quarta turma:

CIVIL. SUCESSÃO. TESTAMENTO. FORMALIDADES. EXTENSÃO.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais,

<sup>94</sup>RODRIGUES, Silvío. **Direito civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7, p. 96-97.

<sup>95</sup>VELOSO, Zeno. Testamento – Noções Gerais; Formas Ordinárias; Codicilo; Formas Especiais. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 141.

<sup>96</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 313.

após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. Recurso não conhecido<sup>97</sup>.

Desse modo, conclui-se que, apesar da obediência aos quesitos determinados pela legislação para a construção do testamento ser essencial, não pode ser exacerbada ao ponto de perder a finalidade pela qual esses requisitos foram criados. Assim, em razão da proteção à vontade do autor da herança e do direitos dos seus herdeiros é possível que haja uma flexibilização dessas formalidades, quando não sejam os requisitos essenciais da estrutura do testamento.

A legislação do Brasil reconhece dois modelos de testamento, os testamentos ordinários, que se subdividem em público, cerrado e particulares, e os testamentos especiais, que são formados pelo testamento marítimo, aeronáutico ou militar.

O rol de espécies de testamento é taxativo, *númerus clausus*, não sendo permitida outra maneira de dispor a não ser aquelas previstas pela legislação. O Código Civil de 2002 traz em seus artigos 1.862 e 1.886<sup>98</sup> as modalidades de testamento passíveis de escolha pelo autor do acervo hereditário.

De acordo com Maria Berenice Dias<sup>99</sup> toda essa formalidade prevista na legislação brasileira tem como objetivo proteger a liberdade de testar o autor da herança, para que o testamento produza a real vontade do testador. A autora ainda defende o uso da tecnologia para a concepção do testamento, em que vídeos deveriam ser utilizados no momento da elaboração do testamento com o objetivo de verificar a capacidade do testador no momento da elaboração do ato.

Salienta-se que com o objetivo de proteger a vontade do autor da herança, o legislador optou por revestir o instituto do testamento com inúmeras formalidades. Porém, muitas vezes essa vontade não é levada em consideração por não ter sido cumprido todos os requisitos exigidos pela lei, o que acaba por gerar uma suposta contradição.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302767 – Proc . 2001/0013413-0. Recorrente: Rosely Agner Caldeira. Recorrido: Thaisa Scwwarz. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Paraná, DJ 24 set. 2001. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=testamento+formalidades&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=testamento+formalidades&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 07 mai. 2013.

<sup>98</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.862 e 1.886. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

<sup>99</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 331.

Nesse sentido, tomando como modelo a jurisprudência acima citada, deveria o magistrado fazer uma interpretação progressista, teleológica, levando em conta o caso concreto, mitigando alguns requisitos formais do testamento, cuja rigidez excessiva acabaria provocando efeitos contrários à intenção do legislador. Em consequência dessa condescendência, dilataria a liberdade de testar do autor da herança que vem sendo cada vez mais relativizada com as regras previstas na legislação.<sup>100</sup>

### 3.2.2. Disposições Testamentárias

Cristiano Chaves de Farias<sup>101</sup> ensina que as disposições testamentárias decorrem da vontade do testador, acerca do destino do seu patrimônio para que produzam efeitos após a sua morte. Essas disposições testamentárias configuram o objeto do testamento, constituindo parte intrínseca do mesmo. As cláusulas testamentárias precisam estar em consonância com a lei, sob pena de serem anuladas.

#### 3.2.2.1. Regras Gerais

Flávio Tartuce<sup>102</sup> destaca uma das regras gerais das disposições testamentárias ao afirmar que apesar da lei, em sua grande maioria, cuidar das disposições patrimoniais do testamento é plenamente possível a existência de disposições de caráter não patrimoniais. Nessa perspectiva, por exemplo, é considerado plenamente legítimo o reconhecimento de filiação pela via do testamento.

Na esteira desse pensamento Orlando Gomes<sup>103</sup> afirma que o testamento tem como finalidade maior a estruturação da transmissão do patrimônio hereditário, entretanto

---

<sup>100</sup> VELOSO, Zeno. Testamento – Noções Gerais; Formas Ordinárias; Codicilo; Formas Especiais. In: Hironoka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 142.

<sup>101</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves. Disposição Testamentária e Clausularão da Legítima. In: Hironoka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 243-244.

<sup>102</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 306-307.

<sup>103</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. ver. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 157.

é possível também o reconhecimento de determinações extrapatrimoniais, como a anulação de uma disposição anterior.

Extrai-se deste entendimento que as disposições testamentárias podem ser patrimoniais e extrapatrimoniais, embora o objetivo principal do testamento seja a destinação dos bens do “de cujus”, é comum que insira também disposições referentes ao funeral, nomeação de tutor para filhos menores e até mesmo reconhecimento de filiação, que são expressão de desejos do autor da herança que não revelam conteúdo econômico.

Outra regra geral subsiste na idéia de que os animais não podem ser abarcados pelo instituto do testamento, só sendo permitida essa possibilidade às pessoas jurídicas e naturais, salvo se for submetido ao herdeiro por via do testamento o encargo de zelar um animal<sup>104</sup>.

Em terceiro lugar Maria Helena Diniz<sup>105</sup> destaca que a nomeação de herdeiro pode ser de forma declarada ou na forma silenciosa, isso por força da aplicação das regras da sucessão legítima à parcela da herança que não foi objeto de testamento. Por outro lado, a constituição do legatário necessita ser explícita.

### 3.2.2.2. *Interpretação das Disposições Testamentárias*

A vontade do testador tem a obrigação de ser considerada no momento da apreciação das disposições testamentárias. Quando estamos diante de uma disposição dúbia, em que dela pode decorrer visões distintas, haverá um favoritismo em relação àquela que melhor coaduna com o desejo do autor da herança. Isso decorre do pensamento, segundo o qual é necessário desprender-se textualmente do vocabulário para tentar aferir o real propósito do finado no momento de testar <sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 320.

<sup>105</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 263-264.

<sup>106</sup> ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil: Direito De Família E Das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2004, p. 207.

Nesse sentido, o artigo 1.899 do Código Civil de 2002 dispõe que “quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador<sup>107</sup>”.

Na mesma linha de raciocínio Cristiano Chaves de Farias<sup>108</sup> ensina que, ao existir obscuridade e contradição nas disposições testamentárias, é necessário fazer uma interpretação das cláusulas.

Seguindo ainda essa premissa Caio Mario da Silva<sup>109</sup> também afirma que é preciso perseguir a disposição de última vontade do testador, sendo esse um problema hermenêutico a ser solucionado. O Código Civil estabelece a regra de que é preferível atender a finalidade existente por trás do ato, do que a interpretação exatamente igual a que está contida no texto. Tudo isso para que seja possível desfrutar melhor do ato.

“O hermeneuta da vontade testamentária não pode perder de vista que ela há de ser genuína, espontânea, completa e definitiva”, conforme salienta Caio Mario da Silva<sup>110</sup>.

Tatiana Cunha Moscheta Assef<sup>111</sup> ainda preleciona que caso o testador reproduza a intenção de reservar parte do seu patrimônio a fim de que sejam constituídas entidades de assistência social e não tenha estipulado a localidade do mesmo, considerar-se-á o último domicílio do “*de cujus*”.

O legislador, tem duas opções a seguir quando se depara com disposições testamentárias obscuras. A primeira é não considerar escrita a cláusula testamentária, desconsiderando a vontade do finado. Outra opção possível é buscar interpretar a vontade do testador que não foi clara o suficiente<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.899. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2013.

<sup>108</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves. Disposição Testamentária e Clausularão da Legítima. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 249.

<sup>109</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 242.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>111</sup> ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil: Direito De Família E Das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2004, p. 207.

<sup>112</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 348.

Flávio Tartuce<sup>113</sup> salienta que se o testador no momento de disposição dos seus bens, ao designar herdeiros, não especificar o quinhão de cada um, a herança será dividida igualmente entre eles.

Maria Helena Diniz<sup>114</sup> traz outra regra ao afirmar que ao interpretar o testamento, não é permitido fazê-lo a partir de disposições solitárias, é preciso haver uma compreensão coordenada, simultânea, com todas as disposições testamentárias, sendo essa a melhor maneira de alcançar a real vontade do falecido. É preciso também buscar a interpretação mais harmônica ao conteúdo disposto no testamento. Não é permitido instituir cláusula alguma no testamento. Ao destacar o gênero masculino estará abrangido o gênero feminino, porém a recíproca não é verdadeira.

Existem, portanto, inúmeras disposições testamentárias passíveis de interpretação, sendo que deve-se tentar buscar ao máximo a real intenção do testador no momento da elaboração do testamento. Caso isso não seja possível, a legislação determina algumas medidas a serem seguidas para que o ato não precise ser invalidado e que o mesmo consiga ser aproveitado da melhor maneira possível.

### 3.2.2.3. Regras Permissivas

O art. 1.897 do Código Civil de 2002<sup>115</sup> traz as regras permissivas ao admitir a nomeação de herdeiros e legatários sob as mais variadas formas: puras e simples, sob condição, por certo motivo, a termo e modal.

O testador tem autonomia ao instituir seus herdeiros e legatários, cláusulas de restrições no tocante a transmissão de sua herança. Nesse sentido, a nomeação pura e simples de acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>116</sup> é a modalidade mais utilizada, não contendo nenhum elemento eficaz, de maneira que essa disposição produzirá seus efeitos independentemente de qualquer outro fator, no exato

<sup>113</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 350.

<sup>114</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 289.

<sup>115</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.897. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2013.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 336.

momento da abertura da sucessão. Para a identificação do herdeiro ou legatário basta a existência de características a fim de identificá-lo.

“Em consequência, a posse e a propriedade da herança transmitem-se com a morte do testador”<sup>117</sup>.

Por outro lado, a nomeação a termo é uma exceção em relação às disposições fideicomissárias, já que o art. 1.898 do Código Civil<sup>118</sup> destaca que não é válida a estipulação de tempo para determinar quando começará ou terminará o direito do herdeiro, restando claro que não se aplica a essa regra às disposições fideicomissárias. Quando houver a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, ter-se-á essa disposição considerada como não existente.

O herdeiro pode, ainda, ser nomeado sob condição, podendo ser suspensiva ou resolutive. Carlos Roberto Gonçalves<sup>119</sup> ensina que “A condição é acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito”.

A condição resolutive é aquela em que o ato produz efeitos de imediato, porém se a condição ocorrer, os efeitos param de ser produzidos. A instituição como legatário de um imóvel, contanto que não adquira outro no período de um ano, é um exemplo de condição resolutive. A inutilidade de um ato está diretamente interligado à existência de um evento futuro e incerto. Por outro lado, a condição suspensiva é aquela em que o ato jurídico para ser eficaz depende de um evento futuro e incerto<sup>120</sup>.

Tanto as condições suspensivas quanto as resolutivas precisam ser realizáveis e lícitas, porém a condição impossível ou ilícita não faz com que o testamento seja inválido, apenas não se consideram como escritas tais condições<sup>121</sup>.

Existe também a nomeação modal, com a imposição de encargos, onde o herdeiro ou legatário tem obrigação de executá-las. Carlos Roberto Gonçalves<sup>122</sup> afirma que

---

<sup>117</sup> ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil: Direito De Família E Das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2004, p. 206.

<sup>118</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.898. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2013.

<sup>119</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 336.

<sup>120</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 368-369.

<sup>121</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. ver. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 164.

através dessa modalidade, o autor da herança impõe deveres aos sucessores, que devem ser cumpridos apenas após a morte do testador, pois somente depois disso o testamento possui eficácia. Um exemplo é o encargo de se responsabilizar por determinada pessoa.

Por fim acontece a nomeação por certo motivo, onde o testador expõe de maneira os motivos pelos quais optou por instituir determinado herdeiro ou legatário<sup>123</sup>.

#### 3.2.2.4. Cláusulas de Limitação ao Direito do Sucessor

Apesar de ser conferido ao testador, o direito de instituir limitações em relação aos bens compreendidos pelo testamento, tais como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. O autor da herança tem total autonomia para elaborar cláusulas gravadas de limitações na parte em que a disposição é inteiramente livre. Porém, quando se trata da legítima, somente depois da confirmação da existência da justa causa pela via jurídica é que se torna possível a instituição de cláusulas restritivas à legítima do sucessor.<sup>124</sup>

É o que confirma o art. 1.848 do Código Civil<sup>125</sup> ao afirmar que o autor da herança não pode instituir cláusulas restritivas se a justa causa não for confirmada judicialmente.

Apesar de o testador ter a sua liberdade de testar restringida pela porção reservada aos herdeiros necessários, admite-se que este cerceie o direito do sucessor, impondo ao seu quinhão cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, contanto que justificadas e confirmadas pelo juiz. Essa exigência não incide sobre a outra metade disponível, tendo o direito de impor qualquer cláusula limitativa.

---

<sup>122</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 343.

<sup>123</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 375.

<sup>124</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves. Disposição Testamentária e Clausularão da Legítima. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 249.

<sup>125</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.848. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2013.

A liberdade do testador, ao instituir as cláusulas limitativas aos direitos dos herdeiros e legatários possui as mais diversas justificativas. A cláusula de inalienabilidade, por exemplo, tenta evitar que o sucessor acabe, degrade o patrimônio do testador, prejudicando assim a sua própria subsistência. As cláusulas de incomunicabilidade tentam, de outro modo, fazer com que a herança seja perpetuada no seio da família, garantindo que caso o casamento não seja bem sucedido, um estranho à linhagem, não leve consigo parte da herança do *de cuius*<sup>126</sup>.

Flávio Tartuce<sup>127</sup> ensina que a cláusula de inalienabilidade impossibilita a mudança de titularidade do bem herdado ou disposto através do legado. Caso haja um descumprimento desta restrição, o ato jurídico será considerado nulo, pois o seu conteúdo não é lícito. A inalienabilidade por sua vez não é absoluta, uma vez que se refere apenas à proibição de atos voluntários do herdeiro ou legatário, podendo o bem ser perdido através da desapropriação. A inalienabilidade comporta diversas modalidades: absoluta, relativa, temporária ou vitalícia.

O Art. 1.911 do Código Civil<sup>128</sup> estabelece que “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”.

Pela cláusula de incomunicabilidade, segundo Sílvio de Salvo venosa<sup>129</sup>, os bens dispostos na herança não se agregam ao patrimônio do cônjuge do sucessor, independente da modalidade de união adotada. Tendo como objetivo, proteger o sucessor caso o seu casamento não seja frutífero. Se o bem é instituído com a cláusula de incomunicabilidade, só o sucessor tem direito a ele, sendo excluído da titularidade do mesmo, o cônjuge.

Maria Berenice Dias<sup>130</sup> afirma que há uma discussão existente acerca da cláusula de impenhorabilidade, pois ela visa proteger o patrimônio do herdeiro em detrimento dos seus credores. O bem instituído com a cláusula de impenhorabilidade não pode

---

<sup>126</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p 159.

<sup>127</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6, p. 356-357.

<sup>128</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.911. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2013.

<sup>129</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p 163-164.

<sup>130</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290.

ser penhorado e caso a limitação não seja respeitada, o ato será considerado nulo. Em relação aos bens gravados com essa cláusula de impenhorabilidade, o sucessor não responde por suas dívidas. Por outro lado, os frutos e rendimentos dos bens limitados com a impenhorabilidade podem responder frente aos interesses dos credores, restando não absoluta a impenhorabilidade. O testador, porém, pode instituir expressamente a cláusula de impenhorabilidade nos frutos e rendimentos, desde que possuam caráter alimentar.

#### 4. LIMITES À LIBERDADE DE TESTAR: LEGÍTIMA

O ordenamento concedeu ao indivíduo a possibilidade de determinar o destino do seu patrimônio após a sua morte. Entretanto, essa liberdade dada não é absoluta, ela se esbarra em diversas normas estipuladas, tendo como principal refreamento a instituição da legítima.

A primeira contenção **com a qual** o autor da herança se depara é da capacidade civil, que será considerada no momento que é constituída. Para que seja válida, esta manifestação de vontade, é necessário que quem profira seja capaz, dessa forma, estão impossibilitados de testar, os menores de dezesseis anos e os que não estiverem em pleno discernimento.<sup>131</sup>

Mais uma vez, cerceando a autonomia, o legislador determina pessoas que não poderão ser beneficiadas pela disposição. São estas: quem não tenha nascido até a morte do “*de cujus*”, a pessoa que redigiu ou aprovou o testamento, e quem testemunhá-lo.<sup>132</sup> Ainda, vetou a possibilidade do autor da herança não determinar a pessoa a quem atribuir parcela do seu patrimônio, ou deixar que essa pessoa seja determinada por outrem<sup>133</sup> ou que o testador deixe parte do seu patrimônio para animais.

Outras restrições podem ser retiradas das características do testamento, que são “ato unilateral de vontade última, gratuito e solene”<sup>134</sup>. É ato unilateral, logo terá que cumprir com os requisitos de validade determinados no artigo 104<sup>135</sup> do Código Civil. Em decorrência da gratuidade, não poderá o testador exigir **qualquer coisa** em troca das disposições que fizer. Ademais, por ser ato solene, deverão ser cumpridos todos os requisitos essenciais da forma determinada na legislação para que seja válido o instrumento.

Contrário ao Código Civil de 1916, que em seu artigo 1.723 permitia livremente ao testante instituir cláusulas restritivas a mero sabor, o Código Atual, apesar de ter

---

<sup>131</sup> CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162-163.

<sup>132</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu et. al. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.291-1.292.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p. 1.342.

<sup>134</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 354.

<sup>135</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 104. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 27 out 2013.

admitido a instituição de cláusulas de limitação nos bens a serem sucedidos, determinou que poderão ser feitas livremente na porção disponível, entretanto, apenas são permitidas na legítima quando houver justa causa. Significa que ele pode fazê-lo na legítima desde que estabeleça no testamento expressamente o motivo, a razão pela qual impôs a reserva, cabendo ao juiz avaliar se o argumento exposto justifica a limitação.<sup>136</sup>

“Não é permitido ao testador, estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa”<sup>137</sup>. **Do mesmo modo**, não poderá o testador, designar que o dinheiro que deixou seja empregado na compra de um apartamento, ou o inverso, será nula também a determinação que os bens imóveis sejam vendidos para serem partilhados, não pode exigir a conversão dos bens da legítima em outros de categoria distinta. Entretanto, nada impede que essa conversão seja feita para fins de partilha. A existência da cláusula não obriga a conversão, mas também não a impossibilita.

Por fim, a principal e maior restrição feita à liberdade de testar é a legítima, “porção da herança reservada por lei aos herdeiros necessários”<sup>138</sup>, sob o argumento que dessa forma o Estado estaria protegendo a família, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

#### 4.1. LEGÍTIMA

A sucessão testamentária prevalece sobre a sucessão legítima, exceto quanto às normas imperativas. Essa restrição ocorre primordialmente pelo resguardo da legítima, que restringe ao autor da herança que disponha de metade do seu patrimônio<sup>139</sup>, em favor da proteção à família, sendo que essa parcela do monte hereditária deverá, necessariamente, ser transmitida aos seus herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge).

---

<sup>136</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**.

<sup>137</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1847, §1. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 26 mai 2013.

<sup>138</sup> ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Harbra, 2004, p. 181.

<sup>139</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1846. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

A legítima é uma forma de garantir a perpetuação do patrimônio da linhagem, chamada de “*perpetuate familiae*”, em que o nome da estirpe tem que perdurar, o patrimônio não deve sair do seio familiar como uma forma de manter as castas parentais<sup>140</sup> que caracterizam sociedades desiguais, como a brasileira.

Segundo ensina Clóvis Bevilacqua<sup>141</sup>, a legítima veio do Direito Romano, visto a insatisfação da sociedade à desmedida liberdade que se tinha de testar. A partir da percepção de que essa autonomia ofendia as obrigações que o homem compreendia perante a prole e a sociedade, de patrocinar sua família ante infortúnios e adversidades cotidianas.

Ressalta-se que naquela época a sociedade era veementemente patriarcal, a família dependia do homem, o qual conservava a obrigação do sustento da mesma.<sup>142</sup> A expectativa de vida era muito baixa, quando se dava o óbito do patriarca, este deixava desamparado progênie incapaz, se o seu patrimônio não permanecesse na sua linhagem não haveria outra forma para que a família pudesse perdurar de maneira digna. Nesse sentido, se justificava a proteção de parcela do patrimônio, em nome da prole incapaz e da impossibilidade da mulher de manter a família, “a legítima traduzia o dever moral *post mortem* que pesava sobre um parente em relação aos mais próximos”<sup>143</sup>.

A sociedade evoluiu, o direito evoluiu e as disposições acerca da legítima não acompanharam a evolução, permaneceram imutáveis, tornando-se normas que não mais cumprem a sua função primordial.

A atual doutrina, que corre em defesa da tutela da legítima, argumenta que o modelo adotado pelo código hodierno consagra um equilíbrio entre os princípios constitucionais que aqui estão irradiando. A parcela disponível de 50% do patrimônio garantiria a consagração do princípio da autonomia da vontade e o direito de

---

<sup>140</sup> MOREIRA, Décio. **Autodeterminação e Proteção da Legítima**. Disponível em < [http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5&Itemid=9](http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=9)>. Acesso em 29 mai. 2013.

<sup>141</sup> BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 1. Ed. Campinas: RED Livros: 2000, p. 333-334.

<sup>142</sup> OLIVEIRA, Ana Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais. **Revista do Ministério Público**. Alagoas. N. 10, Jun/jul, 2003, p. 13.

<sup>143</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito das Sucessões: Arts.1.784 a 2.027.Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 396.

propriedade, e por outro lado, a restrição da outra metade do patrimônio garantiria a dignidade da pessoa humana, a proteção à família e o princípio da solidariedade.<sup>144</sup>

“O princípio da dignidade da pessoa humana, em família, compreende a possibilidade de o indivíduo buscar a sua realização como membro integrante de um núcleo de afeto no qual encontra calor humano, abrigo e proteção, e no qual é respeitada sua condição, seja de criança, mulher, ou de homem”<sup>145</sup>

A partir dessa perspectiva, e da compreensão que desde a constituição de 1988 o afeto é um dos **mais importantes** princípios que regem a família, como uma vertente do princípio da dignidade da pessoa humana. **Assim**, seria discrepante pensar que a família de cada sujeito **não fosse** definida **com base** no afeto e no amor, mas restrito a uma formalidade fundada em laços sanguíneos e filiatórios, que nem sempre corresponde a realidade social, afinal “a filiação real não é a biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente”<sup>146</sup>.

Conforme ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, “consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda a sua realização existencial”<sup>147</sup>. Nesse sentido, não seria uma violação clara a dignidade de cada ser humano o estado invadir a privacidade e determinar quem será a sua família? Que esta não será constituída, para fins sucessórios, considerando aqueles com quem o autor da herança criou laços de afeição ao decorrer de sua vida?

Já é possível perceber no ordenamento o acolhimento da paternidade socioafetiva, na qual admite o vínculo “de filiação construído pelo livre desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica”<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44

<sup>145</sup> PERROT, Michelle apud CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As Entidades Familiares na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n.1, abr./jun., 1999.

<sup>146</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 487

<sup>147</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto apud Nevares, Ana Luiza Maia. Fundamentos da Sucessão Legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**- volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 639.

<sup>148</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 487.

Nesse sentido se manifesta o Superior Tribunal de Justiça<sup>149</sup>:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. [...]. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido.

Desse pronunciamento depreende que o direito tem se voltado para a concepção de que a família atual tem seus alicerces no afeto e não no biológico ou jurídico. "Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva"<sup>150</sup>

Nessa linha de raciocínio, a garantia da legítima não preservaria o princípio da dignidade da pessoa humana, porque não há dignidade em conservação de uma família que permanece estruturada apenas no vínculo sanguíneo, que não enaltece o sujeito da relação sob nenhuma forma. A dignidade está presente quando o cerne da tutela está voltado para cada sujeito da relação, para a satisfação deste, e não para a entidade familiar como um instrumento social.

O segundo argumento de conservação da legítima é a proteção da família, presumindo que essa constância patrimonial asseguraria a autonomia da família na

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1401719 – Proc. 2012/0022035-1. Recorrente: L. B. L. Recorrido: J. R. R. Relatora: Min. Nancy Andrigui. Minas Gerais, DJ 08 out.2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274948/recurso-especial-resp-1401719-mg-2012-0022035-1-stj/inteiro-teor-24274949>. Acesso em: 02 nov. 2013.

<sup>150</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.488.

sociedade, dessa forma esta não ficaria na orfandade. É o pensamento de Ana Luiza Maia Nevares<sup>151</sup>:

Com a legítima, a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois, se lhe fosse permitido dispor de todo patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora para a outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar.

Apesar de ser um forte raciocínio utilizado pela doutrina, nos dias que correm, a família não mais é sustentada por um único sujeito, não vivemos mais sob a égide do modelo patriarcal em que o grupo familiar é sustentado pelo homem. A perda de um ente familiar não causa a penúria que antes causava. O modelo atual tem base econômica polarizada, onde mais de um sujeito contribui para a subsistência da mesma<sup>152</sup>.

A partir dessa perspectiva pode-se argumentar quanto ao desamparo social, note que com o progresso no tempo, a partir do Estado do Bem-Estar social, além da família não ficar mais tão desamparada economicamente com a perda de um ente, tendo em vista a multipolaridade de sujeitos financeiros, o Estado também fornece abrigo “a partir da Seguridade Social, garante-se aos indivíduos contra eventos imprevisíveis, como doença, invalidez e morte. Do mesmo modo, tais eventos podem ter seus efeitos minimizados a partir dos contratos de seguro”<sup>153</sup>.

E por fim, o argumento final de proteção ao princípio da solidariedade, que irrefutavelmente deve prevalecer na ponderação sempre que na relação familiar persistir um incapaz<sup>154</sup>.

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.<sup>155</sup>

Nota-se que para a aplicação do princípio da solidariedade é imprescindível a condição de necessidade, razão pela qual se justifica a aplicação do mesmo na

---

<sup>151</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44.

<sup>152</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 40.

<sup>153</sup> KONDILY, Ioanna apud NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48

<sup>154</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMOPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos, tomo II: contratos em espécie. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

<sup>155</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.93.

relação com o incapaz. Contudo, quando na sucessão *post mortem* todos os sujeitos da relação são maiores e capazes, podendo prover o próprio sustento, não há propósito em cercear o direito de propriedade e autonomia do outro.<sup>156</sup>

#### 4.1.1. Cláusula sobre a legítima

De todo o patrimônio do testador a restrição recai sobre metade do todo, podendo estruturar livremente da sua porção disponível. A tutela incide somente sobre a herança do falecido, não abarcando a parte referente à meação do cônjuge.<sup>157</sup>

A legítima é estabelecida no código civil nos artigos 1.845 à 1850<sup>158</sup>, estabelecendo normas gerais acerca do tema, determinando quem estará protegido por esse instituto, o caminho para determinar o valor da legítima e as restrições que poderão ser feitas nessa cota do acervo hereditário.

Essa parcela do patrimônio correspondente à cota necessária não poderá sofrer violação por mero arbítrio do testador<sup>159</sup>, a legítima, conforme as palavras de Washington de Barros, “é intocável e indisponível; do ponto de vista quantitativo, não pode ser desfalcada em detrimento dos herdeiros necessários”<sup>160</sup>. Nesse sentido, ainda que o autor da herança diga expressamente que dará outra destinação a essa porção, ou que excluirá algum desses herdeiros de sua sucessão, essa deliberação não será executada.

É possível, no entanto, que incida nessa fração algumas restrições admitidas em lei, quando a justa causa expressamente declarada no testamento, a imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 722

<sup>157</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p. 157.

<sup>158</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1845-1850. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>159</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2011, p. 273.

<sup>160</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 111.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 112.

#### 4.1.2. Herdeiros Necessários

O Código Civil reservou um capítulo inteiro para regular a figura dos herdeiros necessários. O art. 1.845 do aludido código<sup>162</sup> define como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários constitui uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>163</sup>, o Código Civil anterior não identificava quem eram os herdeiros necessários, só fazia referência ao fato de que o falecido não podia dispor de mais da metade dos seus bens se o mesmo tivesse descendentes ou ascendentes. O novo Código Civil, porém, faz referência direta em seu art. 1.845 aos herdeiros necessários e ainda inclui o cônjuge sobrevivente, desde que não haja separação de fato.

Nesse sentido, o art. 1.830 dispõe que:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.<sup>164</sup>

Washington de Barros Monteiro<sup>165</sup> sustenta que a lei define quem será convocado a receber a herança, em ordem já previamente estabelecida, sendo que o testador não pode ao dispor da sua vontade prejudicar os herdeiros necessários, pois são considerados herdeiros obrigatórios.

“Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”, é o que traz o artigo. 1.846 do Código Civil de 2002<sup>166</sup>.

Percebe-se, portanto, que o Código Civil de 2002 protege a figura dos herdeiros necessários, que têm ao seu favor a proteção de uma parcela do patrimônio

<sup>162</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>163</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 114.

<sup>164</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1830. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>165</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 107.

<sup>166</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1846. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

chamada de legítima, correspondente a 50% do acervo hereditário do “*de cujus*”, não podendo ser afastada por testamento. A outra metade do patrimônio do autor da herança pode ser livremente disposta através do testamento, sendo que na falta do mesmo ou se ainda restarem bens que não foram regulados, dar-se-á a sucessão legítima.

O herdeiro necessário é tido como o limite à liberdade de testar, pois a autonomia plena depende da existência desses ou não.<sup>167</sup> Reside aqui o equívoco legislativo que permaneceu no nosso ordenamento através do tempo, a legítima surge para a proteção desses herdeiros, em razão da incapacidade deles de se prover àquela época, logo o limite deveria esbarrar na incapacidade de se prover e não na condição de herdeiro.

O testante não poderá dispor livremente sobre a totalidade do seu patrimônio se ele ainda tem herdeiros incapazes de se prover (filho menor ou que ainda esteja estudando ou ainda que maior incapaz), pois parte do patrimônio deve ser resguardada para satisfazer os interesses desse incapaz, que merece proteção inerente à própria condição, justificando a intervenção do Estado. Se todos os herdeiros necessários são maiores e capazes não há razão para prevalecer a restrição à autonomia privada.

#### 4.1.3. Cálculo da Porção Indisponível

Consoante à inteligência do artigo 1.847 do Código Civil de 2002<sup>168</sup>, a legítima será mensurada com base no valor do patrimônio do “*de cujus*”, subtraídas as dívidas do mesmo e as despesas contratadas com o funeral. Chegando-se ao patrimônio incorporam-se, ainda, os bens trazidos a colação, que são oriundos de liberalidades proporcionadas, ainda em vida, pelo falecido, com o intuito de igualar as parcelas que serão destinadas aos herdeiros<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das Sucessões**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 162.

<sup>168</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1847. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>169</sup> GOMES, José Carlos. **Colação de bens à herança**. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5131](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5131)>. Acesso em 28 mai. 2013

Antes da divisão dos bens entre os sucessores serão abatidos todos os débitos do extinto, que não poderá ultrapassar o valor do monte hereditário, ou seja, os herdeiros não se responsabilizarão com seu patrimônio pessoal pelas obrigações constituídas pelo “de cuius”.<sup>170</sup>

Após a dedução das dívidas e o aditamento dos bens trazidos à colação, o patrimônio será dividido em duas partes iguais, a parte disponível, e a parte necessária, que será a legítima. Caso o testador tenha disposto apenas de parte do seu quinhão desimpedido, a fração remanescente deverá agregar à parte necessária para que seja distribuída entre seus herdeiros legítimos. Ao revés, quando as disposições testamentárias ultrapassarem a parcela disponível deverá haver uma redução das determinações, a fim de que possa recompor a porção forçosa.<sup>171</sup>

#### 4.1.4. Deserdação

Com o surgimento do herdeiro necessário, limitando o âmbito de autonomia privada, não só em relação à parcela do seu patrimônio que é indisponível porque configura a legítima, parcela protegida dos herdeiros necessários, mas também limitando a possibilidade de exclusão de alguns dos sucessores por parte do titular da massa hereditária. Entretanto o sistema ainda resguardou algumas hipóteses de exclusão de sucessores, e estas hipóteses são: as hipóteses por indignidade a exclusão por deserdação.

Carlos Roberto Gonçalves preleciona que ambos institutos buscam o mesmo fim, a exclusão da sucessão e possuem um rol taxativo de hipóteses. A indignidade pode recair sobre qualquer dos sucessores, seja ele herdeiro legítimo, testamentário, até sobre o legatário. Será alegada por meio de ação declaratória a ser movida após a abertura da sucessão por qualquer dos interessados e, salvo em caso de reabilitação, dar-se-á independentemente da vontade do autor da herança.<sup>172</sup> A indignidade pode ser requerida independentemente da vontade, mas não pode ser

---

<sup>170</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 109.

<sup>171</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo código Civil: do Direito das Sucessões**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 646-649.

<sup>172</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424-425.

contra a vontade do autor da herança. Se o autor da herança resolve reabilitar o indigno, nada pode ser feito.

Já a deserdação decorre da manifestação de última vontade do autor da herança, em testamento, pela qual é excluído um herdeiro necessário, o que ocorre em razão do simples conhecimento dos termos do testamento, entretanto, os requisitos para a deserdação são mais extensos do que os da indignidade, pois além daqueles previstos no artigo 1.814, a deserdação pode se dar também na hipótese dos artigos 1.962 e 1.963 CC.<sup>173</sup>

A deserdação só recai sobre os herdeiros necessários, já que para excluir os outros sucessores basta que refaça o testamento. Por se tratar de uma declaração de vontade do falecido, o ordenamento convencionou condições e critérios para o exercício dessa vontade, então não é só nas hipóteses do artigo 1.814, mas também nas hipóteses dos artigos 1.962 e 1.963.<sup>174</sup>

No caso da deserdação não há necessidade de procedimento judicial especial para que ela produza seus efeitos, basta abertura do testamento. É necessário que a deserdação seja fundamentada em umas das razões explanadas nos dispositivos acima mencionados, não há que se falar em deserdação sem indicação da causa, não terá validade.<sup>175</sup>

#### 4.1.4.1. *Extensão da legítima às doações inoficiosas*

O direito à legítima possui uma guarida ampla, nesse sentido há a preservação da metade do patrimônio não apenas frente às disposições testamentárias, alcançando também as doações feitas durante a vida.

---

<sup>173</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424-425.

<sup>174</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 306-309.

<sup>175</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 221.

Conforme instrui Pontes de Miranda, “as medidas tocantes à proteção da porção começam em vida do testador, para que não possa doar, em vida, a ponto de atribuir a outrem o que não poderia deixar em testamento”.<sup>176</sup>

As doações feitas em vida terão como base de cálculo da legítima o patrimônio do doador no momento da concessão, e não o patrimônio constituído no momento da sucessão. As doações feitas deverão ser consideradas como um todo, e avaliar o excedente a partir da soma de todas as liberalidades, caso contrário, a guarida não seria efetiva<sup>177</sup>.

## 4.2. REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

A redução das disposições testamentárias é um remédio que o legislador determinou para quando as liberalidades feitas pelo testador ocupam-se a porção hereditária indisponível, com o intuito de zelar pelos direitos dos herdeiros necessários, de maneira que este, quando prejudicado poderá requerer ao juiz que promova a redução dos valores deixados em testamento, ou em vida, de maneira a complementar o patrimônio reservado.

Ora, o direito que a lei reconhece aos herdeiros necessários seria nenhum se ela não o garantisse com uma sanção. Esta sanção consiste na prerrogativa concedida ao herdeiro, porventura prejudicado pelas excessivas liberalidades do finado, de pleitear a redução das mesmas, a fim de não ficar lesada a quota reservatária. <sup>178</sup>

Acentua-se que a violação da legítima não corresponde a nulidade absoluta, é anulável, imprescindível que seja provocada a contenção pelo prejudicado, ao inverso a liberalidade terá eficácia plena na sucessão.<sup>179</sup>

### 4.2.1. Doações inoficiosas

---

<sup>176</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial, Tomo LVIII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p. 48.

<sup>177</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

<sup>178</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7, p. 189.

<sup>179</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p 322.

Como já aludido anteriormente, a redução das disposições incidem igualmente nas outorgas do patrimônio feitas em vida, se estas, conjuntas ou isoladamente, superarem a porção disponível.<sup>180</sup>

Nessa esteira argumenta Maria Helena Diniz, hipótese houvesse que essas dilapidações não se submetessem a contenção do remédio legislativo na sua parcela inoficiosa, criaria então um meio para fraudar o amparo jurídico aos interesses dos herdeiros forçosos<sup>181</sup>.

Distinto é o cenário nos casos em que a doação é feita ao herdeiro necessário como forma de antecipação da legítima, nesses casos a deliberação não incorporará a parcela disponível, será introduzida ao acervo como bens trazidos à colação, e será feito o abatimento do valor deste, da fração devida ao sucessor.<sup>182</sup>

É necessário ressaltar que o valor dos bens deve ser considerado ao tempo da doação e não o valor dos bens ao tempo da morte; logo, se a doação, no momento em que foi efetuada, era inferior à metade do patrimônio do doador, e, se este vier, posteriormente a empobrecer, legítimo é o negócio.<sup>183</sup>

Na **mesma** esteira do pensamento acima corrobora Carlos Roberto Gonçalves, assegurando que não há hesitação quanto à tese, visto que o próprio Código Civil, no art. 549, determina a oportunidade que apreciará a legitimidade da doação, momento em que ela se corporifica e averigua se, isolada ou associada a outras liberalidades, extrapolam a metade do todo, a parte disponível<sup>184</sup>.

“Quem empobreceu depois, não violou conscientemente os textos protetores da legítima; errou quanto ao futuro, porém de boa-fé, apenas foi infeliz”<sup>185</sup>.

O artigo 549<sup>186</sup> estipula ainda que é nula a doação inoficiosa, nesse sentido diverge a doutrina acerca da possibilidade de ingressar com a ação em face da doação com a pessoa ainda viva. A corrente que afirma pela impossibilidade do ajuizamento da

<sup>180</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 439-440.

<sup>181</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 294.

<sup>182</sup> CARVALHO, Ana Paula Freire. **Da Colação do Bem Dado**. Disponível em <<http://www.marcosmartins.adv.br/artigos/230112.pdf>>. Acesso em 30 mai 2013.

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Jose Lopes de. *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 295.

<sup>184</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440.

<sup>185</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440.

<sup>186</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 26 mai 2013.

ação defende que vai contra o princípio do art. 426 litigar em torno da herança de pessoa viva. A outra corrente argumenta que será declaração de nulidade, caso que pode ser feito desde logo. A doutrina adota, em sua maioria, para a segunda corrente, agregando ainda o entendimento que a ação teria como objeto não herança de pessoa viva, mas um negócio jurídico estipulado entre pessoas vivas.<sup>187</sup>

#### 4.2.2. Testamento Inoficioso

O testamento inoficioso é aquele que ultrapassa a cota disponível de autonomia do falecido e adentra na porção necessária tutelada de acordo com os interesses dos herdeiros obrigatórios.

Inúmeras causas podem levar o testador a exceder a sua liberdade, pode ser que não consiga determinar o valor do seu patrimônio, e ao final extrapole o montante disponível, é possível, ainda, que haja uma perda considerável do seu patrimônio da época que testou para quando faleceu, ainda é plausível que adquira obrigações que venham a gerar débitos financeiros, enfim, qualquer que seja a razão altera a relevância do acervo hereditário e pode tornar o testamento inoficioso.<sup>188</sup>

#### 4.2.3. Ordem de redução testamentária

O artigo 1.967<sup>189</sup> regulamenta como deverá proceder a redução no curso quanto ao requerimento da contenção das disposições, o interesse do legatário prevalecerá sobre o interesse do herdeiro testamentário. Apenas após a redução total das quotas dos herdeiros testamentários, que se dará proporcionalmente, e essas não forem suficientes restringirá a fração do legado. É necessário que destitua toda

---

<sup>187</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440-441.

<sup>188</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 249-250..

<sup>189</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 26 mai 2013.

liberalidade em favor do herdeiro instituído, para que depois alcance o legado. É um privilégio do legatário.<sup>190</sup>

Embora a lei estabeleça abstratamente que o legatário é salvaguardado em relação ao interesse dos herdeiros, o próprio testador pode desvirtuar essa regra estabelecendo quais interesses devem ser atendidos prioritariamente.<sup>191</sup>

No caso vertente prevalece a vontade do testador, “justamente porque, ao estabelecer a ordem em que se deve verificar a redução no parágrafo anterior, o legislador pressupôs apenas que aquela fosse a vontade do testador, que, fazendo a liberalidade, a todos, nenhuma preferência tinha por nenhum. Quer dizer: havendo a explícita vontade do testador, manifestada no próprio testamento, não há razão para subsistir a presunção”.<sup>192</sup>

O artigo 1.968 trata de uma situação específica, quando houver um bem imóvel que possa repartir sem que haja uma perda razoável no seu valor, ou que lhe retire a função a qual destina, será repartido pró-rata. Entretanto, se o bem é indivisível, averiguar se a parcela excedente é superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor do imóvel legado, caso em que o legatário entregará o bem ao espólio e será ressarcido na parte que lhe era devida. Se a parcela excedente é inferior a 25% (vinte e cinco por cento) o legatário terá que restituir o espólio da parcela remanescente<sup>193</sup>.

“Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.”<sup>194</sup>

Esgotadas as possíveis reduções feitas nas parcelas referentes aos herdeiros instituídos e aos legatários, e ainda não satisfeita a integridade da legítima, proceder-se-á exaustão das doações *inter vivos*. A ordem deverá ser exaurida

---

<sup>190</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições Testamentárias e Clausulação da Legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 255.

<sup>191</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito das Sucessões: Arts.1.784 a 2.027.Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 651-652.

<sup>192</sup> SANTOS, João Manoel de Carvalho *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito das Sucessões: Arts.1.784 a 2.027.Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 653.

<sup>193</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424-425.

<sup>194</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1968, §2. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 26 mai 2013.

introdutoriamente as mais recentes, e em seguida as mais antigas. Quando forem do mesmo período serão feitas de modo simétrico.<sup>195</sup>

#### 4.2.4. Ação de redução

A guarida da parcela indisponível frente aos excessos do testador poderá ser feita de duas formas: ou no processo de inventário, ocasião em que poderá ser realizado o reparo do prejuízo acarretado, ou através de uma ação própria em face do beneficiário provocado pelos herdeiros diretos ou indiretos.<sup>196</sup>

Certificada a superação de sua autonomia não será o testamento invalidado, será feita uma reformulação das determinações declaradas no objeto último de vontade e estas serão proporcionalmente suprimidas de modo que o legislador entendeu que menos violaria o desejo do testador.

A ação que discute o excesso só poderá ser suscitada após a morte do ente familiar, não há discussão de herança de pessoa viva, porque se não há morte não tem sucessão nem herdeiro. Ademais, só é possível constatar o valor do acervo após a abertura da sucessão com o intento de reconhecer o excesso.<sup>197</sup>

A análise do excesso será feita de forma objetiva, ou seja, haverá a redução das disposições, independente do autor ter se excedido de forma voluntária ou não, o dano será presumido. O objeto da ação é preservar a intangibilidade da legítima, dessa forma constitui-se uma ação mista que tem o intuito de reconhecer a agressão ao direito e de condenar a reparação do dano.<sup>198</sup>

A sucessão será regida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão, é o que se extrai da inteligência do artigo 1.787 do Código Civil<sup>199</sup>, logo a redução se dará conforme estabelecido pela lei vigente ao tempo da morte do de cujus.

---

<sup>195</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 294.

<sup>196</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 322.

<sup>197</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 295.

<sup>198</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 84-85.

<sup>199</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1787. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 26 mai 2013.

Destaca-se, por fim, que a sentença derivada da ação de redução possui efeitos inter partes, ou seja, só aproveitam aqueles que provocarão o asilo jurídico, aqueles herdeiros que, ainda que prejudicados, não suscitaram a tutela legal não aproveitarão os efeitos da coisa julgada. Presume-se que estes honraram os últimos desejos do testador, e então o excesso cometido pelo autor da herança será suprimido apenas na proporção dos que pleitearam.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.322-323.

## 5. FUNÇÃO PROMOCIONAL DO TESTAMENTO

A função social impõe que a coisa sobre a qual recaia a sua subordinação cumpra com o interesse não apenas da pessoa que a possui, mas da coletividade. Nesse sentido, a função social da propriedade garante que esta não seja empregada apenas com o intuito de garantir a conveniência de quem a possui, mas deverá empregá-la de um modo que não ofenda o interesse da coletividade também.

A norma criada a partir da cláusula geral da função social, portanto, não modifica a essência da propriedade capitalista. Apesar disso, é certo que se afasta o modelo proprietário por aquela norma introduzida no modelo de propriedade típico do paradigma liberal-individualista. Essencial é perceber que, por intermédio da consagração do princípio da função social da propriedade, não se negam os princípios básicos do Estado Liberal- como é o caso da propriedade privada e da livre iniciativa-, mas estes tendem a ser entendidos de forma a proporcionar maior equilíbrio nas relações sociais, na medida em que aquele princípio subordina a categoria do “ter” a do “ser” e reedifica a função promocional da situação proprietária, através do abandono definitivo do mito da sua neutralidade.<sup>201</sup>

A função social do testamento é a de proteger o interesse da coletividade que é o de garantir que a pessoa possa morrer de forma digna, e em seu leito de morte ter a certeza de que suas últimas vontades serão atendidas. Deve haver um “equilíbrio entre o valor da dignidade da pessoa humana e os valores coletivos”<sup>202</sup>

Todavia o legislador restringe a função social deste instrumento, informando que o testante apenas poderá regular parte do seu patrimônio, sendo devido a sua linhagem a outra porção do seu patrimônio. É a “proteção” da família em detrimento da autonomia privada. É uma ponderação razoável quando há a necessidade do amparo dessa família, todavia, hoje em dia a família não se encontra em condição de inferioridade, não se submete mais ao controle de apenas um sujeito, podendo na falta deste, prosseguir provendo o seu sustento.

Conforme Silvio Rodrigues:

A posição contrária, antagônica à liberdade de testar, se estriba na idéia de incumbir ao progenitor, que põe filhos no mundo, o encargo de prover-los com o necessário para a sua manutenção. Por conseguinte, nada mais justo

<sup>201</sup> Iannelli. apud SANTANA, Lucas da Silva. **A propriedade privada e sua função social: uma análise da situação proprietária.** Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia.

<sup>202</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de. **Princípios Fundantes do Direito Civil Atual.** in: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

do que impedir, àquele que tem descendentes, a livre disposição de bens por testamento.<sup>203</sup>

Nessa esteira, a posição acima transcrita corrobora com a idéia de que a legítima surge com a intenção de proteção aos descendentes pela razão de que esses não poderiam, eles mesmos, proverem o seu sustento. É uma lógica autêntica se aplicada na sociedade de outrora, entretanto, no presente, essa percepção não se coaduna com a realidade fática, os progenitores ao morrer, na generalidade, não deixam herdeiros incapazes, desvirtuando a função da legítima, que deveria permanecer soberana à função social do testamento, apenas para a proteção daquela parentela não poderá se prover.

### 5.1. DESCONTEXTUALIZAÇÃO DA PREVISÃO DA FAMÍLIA

O conceito e a formação da família que vivenciamos hoje é fruto de uma evolução histórica, e para entender a dinâmica das relações familiares faz-se indispensável compreender os antigos modelos.

Nos tempos pretéritos, as famílias da Grécia e Roma antiga, eram caracterizadas pelo patriarcalismo,<sup>204</sup> com uma incisiva intervenção do pai em todas as relações. Nesse contexto, a família vivia em servidão, subordinando-se à vontade do patriarca em todas as esferas. Inexistia a liberdade de escolhas das relações mais simples, até as mais complexas. A igreja desempenhava o papel idealista, impulsionando o conformismo social, uma vez que acreditava ser a realidade em que viviam, vontade divina. Assim sendo, ninguém poderia se insurgir contra os moldes familiares<sup>205</sup>.

No século XVIII surgiu o modelo de família nuclear, em que o pai tem o papel de provedor e a mãe desempenha a função de cuidadora. Contudo, com a evolução do capitalismo industrial, notadamente no século XIX, ocorreram mudanças de valores, e o papel dos integrantes da família sofreu alterações. Iniciou-se uma era de mais liberdade e autonomia familiar.

---

<sup>203</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7, p. 19.

<sup>204</sup> FACHIN, Luiz Edson apud FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 40.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Alóide Souza de. **Família: um desafio para os assistentes sociais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11575](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11575)>. Acesso em: 30 de mai de 2013.

Essas mudanças se acentuam após a I Guerra Mundial, com a entrada da mulher no mercado de trabalho. As mudanças de hábitos e costumes evidentemente provocaram uma ruptura com a idéia originária de família. Não há mais a imposição de vontade aos familiares, e, tão pouco, a dominação patriarca da família.<sup>206</sup>

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho não existe mais razão para perdurar a interdependência entre os familiares. O pai não tem mais a função de provedor familiar.<sup>207</sup> Em sentido diverso do modelo clássico de família, o que impera hoje é a liberdade de escolhas, regida pela conveniência.

Neste cerne, o que extrai-se das mutações sociais é uma ampla discricionariedade para decidir individualmente pelo seu futuro, contudo é inescapável que se imponha a responsabilização pelas conseqüências das opções realizadas.

Nesse ponto, é oportuno asseverar que a Constituição Federal, na forma do art. 226, § 4º<sup>208</sup>, reconhece expressamente a família monoparental. Essa aceitação representa uma evolução social e psicológica, que decorre da transformação de hábitos e costumes.

É inegável que todas as espécies de família são faces de uma mesma realidade. A mudança reclamada pela sociedade não ocorreu de maneira separada para cada uma delas. Ao contrário, as diversas maneiras pelas quais homens, mulheres e filhos desenvolviam os laços afetivos faziam parte de uma mesma realidade cercada por características comuns que não suportavam mais a estrutura patriarcal enraizada nos setores conservadores da nossa sociedade prevista numa legislação que estava em completa desarmonia com a realidade social.<sup>209</sup>

Urge salientar, que principalmente na área urbana, hoje, temos a repartição das funções familiares. Ao passo que temos a mulher totalmente recepcionada pelo mercado de trabalho, encontramos homens que assumiram o papel de cuidador do lar. Existe, quase como um processo natural, casamentos e “descasamentos”, recorrentemente, com filhos de pais diferentes, ou com dois pais, ou duas mães.

<sup>206</sup> OLIVEIRA, Ana Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais. **Revista do Ministério Público**. Alagoas. N. 10, Jun/jul, 2003.

<sup>207</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 40.

<sup>208</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. [...] Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[...]. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf226a230.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf226a230.htm)>. Acesso em: 03 ago 2012.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 229.

As transformações sociais deram impulso à divisão sócio-técnica do trabalho, de onde decorreram significativas mudanças nas relações familiares. Com a Revolução Industrial ocorreu uma separação entre trabalho e família, alterando as relações intra-familiares<sup>210</sup>. Dentro deste contexto, inúmeros são os desafios que desune naturalmente os familiares.

A ideia de preservar a unidade familiar, no sentido de família nuclear, formada por pai, mãe e filho, padece flagrantemente em descompasso com a realidade em que vivemos. A família do século XXI volta sua proteção para cada membro, sujeito, da relação familiar, fundada no afeto e na dignidade da pessoa humana.<sup>211</sup>

Não é pertinente considerar que o núcleo familiar se manterá ativo, uma vez que esse é um contexto cada vez mais escasso, e a evolução psicológica e social encontra-se indubitavelmente em sentido diverso.

É flagrante a alteração dos valores sociais, e qualquer óbice a essa evolução natural seria caminhar contra a realidade fática. Considerar a família que temos hoje no contexto clássico seria obviamente um retrocesso!

É indispensável considerar, ainda, que os vínculos consanguíneos não traduzem amor, solidariedade e, sequer, proximidade. Com a evolução social, a migração rural para os grandes centros urbanos, a emancipação dos familiares se tornou cada vez mais comum. A realidade é que a convivência com amigos, tios, primos, entre outros, pode tornar a dinâmica familiar completamente diferente. O vínculo familiar, no sentido afetivo, pode ser muito mais consistente com pessoas sem laços sanguíneos, mas que encontrem afinidade, apoio e compreensão.

“Certo é que a família tem passado por profundas mutações ao longo dos últimos trinta anos gerando um descompasso entre o direito posto (*law in book*) e a realização do direito (*law in action*)”.<sup>212</sup>

Na esteira deste pensamento, Décio Moreira assevera que “o pluralismo dentro do direito não seja uma concepção nova, denunciando que pessoas estão a libertar-se

---

<sup>210</sup>OLIVEIRA, Alóide Souza de. **Família: um desafio para os assistentes sociais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11575](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11575)>. Acesso em: 30 de mai de 2013.

<sup>211</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 41

<sup>212</sup>MOREIRA, Décio. **Autodeterminação e proteção da legítima**. Disponível em <[http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5&Itemid=9](http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=9)>. Acesso em 29 mai. 2013.

do padrão tradicional marcado pelo casamento, coabitação sexual e espacial e filhos”<sup>213</sup>.

Decorrente dessas evoluções se consagra a liberdade de pactuar e repactuar dentro do direito de família, com acordos conjugais conforme interesses discricionários, a exemplo de partilha de bens, doações, entre outros. Há também, a liberalidade de acordos que relacionam a prole, como adoção, acordo de guarda, bem como a utilização de métodos de reprodução artificial, inclusive heteróloga.

O Código Civil de 2002, em diversos dispositivos, na contramão da história, disciplinou institutos jurídicos de Direito de Família e, por conseguinte, Direitos Sucessórios, com normatizações que mais se harmonizam com o modelo clássico de família<sup>214</sup>.

Analisando mais detidamente a problemática da presente pesquisa, conclui-se pela indispensável aplicação da hermenêutica jurídica a fim de que as regulamentações que não se coadunem com a realidade social contemporânea sejam interpretadas de forma que não afaste a evolução familiar.

No que tange aos regramentos que dispõe sobre as limitações do testamento, notadamente no que concerne a obrigatoriedade da legítima, verifica-se que se trata de um instituto eivado pelos conceitos tradicionais de família, que não têm mais aplicabilidade no contexto histórico atual.

O legislador infraconstitucional, ao determinar que obrigatoriamente pertenceria aos herdeiros necessários a metade do acervo hereditário<sup>215</sup>, considerou a família como uma unidade, em que pais são provedores e cuidadores de seus filhos, e estes deveriam assumir desde cedo a responsabilidade da família, uma vez que a expectativa de vida de seus progenitores beirava a 48 anos<sup>216</sup>. Por conseqüências lógicas conclui ser natural que os filhos precisassem de uma proteção substancial,

---

<sup>213</sup>*Idem.*

<sup>214</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Reformas legislativas necessárias nos direitos de família e das sucessões estão por vir.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9961/reformas-legislativas-necessarias-nos-direitos-de-familia-e-das-sucessoes-estao-por-vir>. Acesso em: 30 mai 2013.

<sup>215</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002. Art.1.846.** Disponível em: [http://www.dji.com.br/codigos/2002\\_lei\\_010406\\_cc/010406\\_2002\\_cc\\_1798\\_a\\_1803.htm](http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1798_a_1803.htm). Acesso em: 23 ago 2012.

<sup>216</sup>CARDOZO, Daniel. **Expectativa de vida do brasileiro ganha bônus de 26 anos para se viver.** Disponível em: <http://www.jornaldebrasil.com.br/site/noticia.php?expectativa-de-vida-do-brasileiro-ganha-bonus-de-26-anos-para-se-viver&id=459054>. Acesso em 30 mai. 2013.

uma vez que na morte de seus pais muitos ainda eram incapazes, logo não tinham como prover seu próprio sustento.

Noutro giro, com a evolução das relações familiares, o que impera é a autonomia de vontade, deixando de ser uma regra a unidade familiar, e se tornando comum o pluralismo. Nesse compasso, a expectativa de vida aumentou para 74 anos, deixando de existir a necessidade da proteção integral aos filhos. Com a autonomia familiar, a inserção das mulheres no mercado de trabalho, os jovens saindo de casa em busca da construção do seu futuro, a unidade familiar tornou-se uma realidade distante. A autonomia de escolhas implica na responsabilização pelos seus atos. A família brasileira não obedece mais um padrão, o que se busca é a consolidação de relações baseadas no amor, no desejo, e não em laços biológicos. Ser pai, mãe, irmão, nada significa se não existe proximidade, companheirismo, desejo de formar uma família.

“Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passa ter uma conotação eudemonista, sendo caracterizada portanto, como um instrumento de realização de cada um dos seus membros”<sup>217</sup>.

Nesse ponto, não será o legislador capaz de identificar os laços familiares, considerando a pluralidade de família. Assim sendo, como pode dispor abstratamente sobre a obrigatoriedade da legítima? É coerente que um sujeito livre em suas escolhas privadas, considerando a autonomia como um direito fundamental, seja compelido a dispor de seus bens na forma da lei? Assevera-se, ainda, que esses dispositivos estão claramente em dissincronismo com as relações intrafamiliares atuais.

A resposta para todas essas indagações é lógica. A mudança social já está sedimentada, e assim sendo, qualquer interpretação concede ao Estado o direito de intervir na liberdade do indivíduo de pactuar sobre o seu patrimônio, dispondo como achar conveniente e justo dentro da sua realidade representará um comportamento ilegítimo.

A única hipótese que vislumbra-se a manutenção da legítima é quando os progenitores deixam herdeiros incapazes de prover seu próprio sustento, caso em

---

<sup>217</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

que o valor ofertado deverá ser calculado proporcionalmente com as necessidades adstritas para o alcance da independência. O que não se pode perder de vista é que a herança nunca deve ser meio para desestimular o trabalho e desenvolvimento pessoal e individual.

## 5.2. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO SUCESSÓRIO

No final do século XIX e início do século XX, passar-se para o Estado de Bem-Estar-Social, em que o estado começa a intervir na sociedade com o fundamento de equilibrar as relações desniveladas, esse modelo de estado interfere na relação para que forneça a população um padrão de vida mínimo. No Estado Neoliberal, o governo apenas regulamenta, mas não fornece o necessário para o mínimo existencial.<sup>218</sup>

Todavia, quando o Estado intervém no direito sucessório, deveria interferir apenas quando há esse o desequilíbrio, seria uma intervenção legítima, por exemplo, quando um incapaz precisa ser protegido. Contudo, muitas vezes no direito sucessório o estado atua em uma relação essencialmente privada, que não carece de uma atuação deste.

Não existia a necessidade de intervenção do estado no direito sucessório, por exemplo, quando o estado intervém de maneira absurda na relação familiar e diz que um irmão, por ser bilateral, merece mais participar da sucessão de seu irmão que o outro que é unilateral<sup>219</sup>. Como pode admitir que o estado determine seu vínculo afetivo baseado em um critério tão irrisório?

---

<sup>218</sup> DELLAGNEZZE, René. **O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI.** Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12618](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618)>. Acesso em 31 mai.2013.

<sup>219</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002.** Art.1.841. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/codigos/2002\\_lei\\_010406\\_cc/010406\\_2002\\_cc\\_1798\\_a\\_1803.htm](http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1798_a_1803.htm)>. Acesso em: 30 mai 2013.

“Se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família”<sup>220</sup>.

O Estado somente deveria intervir no direito sucessório quando houver um sujeito que precise de proteção. É uma arrogância do legislador presumir que poderia determinar a quem um indivíduo se vincula e uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como vertente na relação familiar a indispensabilidade do afeto.

### 5.3. PONDERAÇÃO DE INTERESSES: DIREITO DO SUCESSOR X VONTADE ÚLTIMA DO TESTADOR

A capacidade sucessória é um pressuposto que permite ao indivíduo receber a herança.<sup>221</sup>.

A regra geral, estabelecida pelo art. 1.798, do Código Civil de 2002<sup>222</sup>, estabelece que têm capacidade sucessória os já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

A abertura da sucessão ocorre no momento exato do falecimento do autor da herança e, sucessivamente, se apura a capacidade para suceder<sup>223</sup>.

A sucessão legítima decorre imediatamente da lei<sup>224</sup>. Ocorre quando o *de cujos* não estabeleceu em vida o destino do seu patrimônio, no todo ou em parte. Na hipótese em que existam herdeiros necessários, o *de cujos* não pode dispor de todos os seus bens. Neste caso, deverão ser observadas as limitações legais em relação aos herdeiros ditos obrigatórios.

---

<sup>220</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

<sup>221</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: Vol. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

<sup>222</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art.1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/codigos/2002\\_lei\\_010406\\_cc/010406\\_2002\\_cc\\_1798\\_a\\_1803.htm](http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1798_a_1803.htm)>. Acesso em: 30 mai 2013.

<sup>223</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.61

<sup>224</sup>MADALENO, Rodolfo. **Testamento: Expressão de Última Vontade**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=701>>. Acesso em 22 abril 2012, p. 1.

Em uma leitura sumária do art. 1846, do Código Civil brasileiro, entende-se que pertence aos herdeiros necessários metade do patrimônio do *de cuius*, o que constitui a legítima.

Neste cerne, impõe-se que os herdeiros necessários terão proteção integral, e não poderão ser privados de seu direito de suceder por ato de deliberalidade do falecido. Existindo herdeiros necessários, cinquenta por cento de todo acervo hereditário será indisponível, procedendo-se a sucessão em favor destes. O falecido só poderá dispor livremente da outra metade de seu patrimônio.<sup>225</sup>

O ato de ultima vontade do *de cuius* é limitado pelos direitos do sucessores legítimos.<sup>226</sup> Neste ponto, é oportuno indagar qual a motivação que justifica a limitação da vontade do falecido em dispor do patrimônio que ele construiu!

É flagrante que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre os limites do testamento, se baseou em uma dinâmica familiar que não existe mais. Quando determina-se como herdeiros necessários os ascendentes, descendentes e o cônjuge, parte-se da premissa da existência das famílias nucleares, formadas pela união de um homem com uma mulher que originaram filhos, e que persistiam até a morte. Contudo, diante da evolução social e psicológica, o modelo clássico de família foi substituído pelas relações afetivas que se dissolvem com facilidade.<sup>227</sup> O divórcio se tornou mais recorrente do que as relações duradouras é natural filhos crescerem sem a presença de pais e pais envelhecerem sem o apoio e solidariedade dos filhos.

Diante do contexto atual, em que as relações familiares passam longe de laços sanguíneos, e que não necessariamente os ditos herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e o cônjuge) serão os parentes mais próximos, qual a justificativa lógica da perduração da legítima?

Por que um indivíduo que vive sem a menor proximidade com seus familiares deve ser compelido a deixar a metade de seu patrimônio para a pessoa que, possivelmente, sequer acalentarão o seu fim da vida? Por que não se pode honrar

---

<sup>225</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direitos civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

<sup>226</sup> WALD, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.163.

<sup>227</sup> KONDILY, Ioanna apud NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47.

com a totalidade da herança as pessoas que estiveram ao seu lado quando da construção do seu patrimônio e no conforto dos seus últimos dias de vida?

Principalmente, quando no ordenamento pátrio, através da Paternidade Socioafetiva, já admitiu que através da autonomia da vontade, de manifesto desejo de constituir família, houvesse o vínculo parental em duas pessoas que não possuem laços consangüíneos ou jurídicos.

Tamanho absurdo presente no ordenamento é quando admite que a autonomia da vontade e o afeto criam vínculos filiatórios:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIADO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetiva se edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido.<sup>228</sup>

E ao mesmo tempo determina que apesar de constituída a paternidade/maternidade socioafetiva, esta não terá efeitos para fins sucessórios:

INVENTÁRIO. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE SUCESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PEDIDOS DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA QUE HOMOLOGOU O PLANO DE PARTILHA. E DE REMESSA DE OFÍCIO AO REGISTRO DE IMÓVEIS. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. 1. A capacidade sucessória decorre da relação de parentesco ou de disposição testamentária, inexistindo outro título juridicamente válido de vocação hereditária. 2. O fato da recorrente estar reclamando o reconhecimento de maternidade socioafetiva, por ter sido criada pela de cujus, não lhe confere capacidade...<sup>229</sup>

<sup>228</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. **1.059.214- Proc-** 2008/0111832-2. Recorrente: P. P. S. G. Recorrido: J. S.G. e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 16 FEV. 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/certidao-de-julgamento-21399243>. Acesso em: 01 nov. 2013.

<sup>229</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. AI: 70048163414. Relator: Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, DJ 25 jul. 2012. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22009720/agravo-de-instrumento-ai-70048163414-rs-tjrs>. Acesso em: 01 nov. 2013.

Como pode, em um ordenamento regido pelas mesmas regras, abrigar uma filiação socioafetiva, mas não admiti-la como vínculo capaz de participar de um procedimento de Direito Sucessório, principalmente em um regramento que agora se alicerça no afeto para a constituição da família.

O testamento representa o ato de última vontade. Esta deve ser lúcida e sem qualquer constrição para que seja válida. Assim sendo, inexistente qualquer fundamentação coerente que impeça a disposição livre do acervo hereditário.

#### 5.4.1 Da obrigação de prover o sustento do incapaz

A obrigação de prover o sustento do incapaz é regulada por lei, com fundamento no princípio da solidariedade familiar. O múnus desta obrigação recai sobre os familiares mais próximos, buscando-se a garantia de um desenvolvimento digno e compatível com sua condição social. Nesse ponto, deve-se priorizar o investimento em educação e formação para promover a independência do sustentado<sup>230</sup>.

Neste diapasão, impõe-se o binômio necessidade/possibilidade, observando-se a necessidade do incapaz e a possibilidade contributiva do sustentante.

É um dever inerente à paternidade garantir o sustento de suas proles, bem como uma formação adequada para torná-las úteis e independentes, beneficiando a família e a sociedade. Sair da incapacidade deve ser o objetivo basilar do sustento. Obviamente, há de se considerar as limitações para o desenvolvimento, reconhecendo que existem incapacidades patológicas que provavelmente não cessaram com o tempo.

Os impossibilitados de prover seu próprio sustento, seja pela menoridade, seja patologicamente, merecem tratamento diferenciado e proteção integral. Não existe, neste caso, a promoção da desigualdade, pelo contrário, há aqui a garantia da isonomia material para indivíduos singulares, totalmente dependentes de seus responsáveis.

---

<sup>230</sup>SANTOS, Sérgio Nunes dos. **Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face a súmula 358 do STJ.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12325](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12325)>. Acesso em: 30 mai 2013.

Presume-se a necessidade nos casos em que os dependentes são menores de idade, ou que possuam alguma impossibilidade para o labor. A Constituição Federal, na forma do artigo 229<sup>231</sup>, demonstrou grande preocupação com os filhos incapazes ao determinar que os pais terão o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. No mesmo sentido o legislador infraconstitucional determinou a obrigatoriedade dos pais em garantir o sustento, guarda e educação dos filhos menores, conforme disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>232</sup>.

Nesse contexto, considera-se coerente a preocupação do legislador em garantir o sustento do incapaz, de promover seu sustento, uma vez que este é dependente não por escolha, mas sim por uma situação fática.

Diante do exposto, reconhece-se a necessidade de que, no âmbito dos genitores ou sustentantes, seja assegurado ao incapaz suceder em porcentagem equivalente a sua necessidade para alcançar sua independência.

Portanto, deve-se analisar as causas da independência – idade ou patologia – para conceder necessariamente valor hábil a complementar a formação do indivíduo e sua inserção no mercado de trabalho.

#### **5.4.2. Dos malefícios econômicos provenientes da garantia da legítima**

Os estudiosos da economia criaram uma teoria chamada de Risco Moral. Para a compreensão dessa teoria é necessário conceber uma relação com dois sujeitos em que um possua mais poder que outro. Nesse contexto, a partir desse desequilíbrio entre as partes, aquele que detém maior poder provém uma benesse ao sujeito hipossuficiente, que por sua vez, de forma oportunista distorce o propósito inicial da concessão.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 229. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mai 2013.

<sup>232</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, art. 22. Disponível em: [http://www.dji.com.br/leis\\_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm](http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm). Acesso em: 30 mai 2013.

<sup>233</sup> COSTA, Carin Maribel Koetz Diniz da. **A Influência do incentivo no comportamento oportunista do Risco Moral**: Uma análise experimental. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado Acadêmico da Universidade do Vale de Itajaí. Universidade Vale do Itajaí, Biguaçu, 2009.

Analisando essa teoria, há uma clara aplicação dessa corrente na tutela concedida pelo Estado à legítima para os herdeiros forçosos. É comum na sociedade brasileira que pessoas que serão herdeiros de um patrimônio considerável desvirtuem a intenção dessa guarida. O que ocorre regulamente é que, apesar da garantia de preservação de 50% do patrimônio na entidade familiar ter sido concedida com o intuito de proteção a família, para garantir uma autonomia econômica maior desse ente no corpo social brasileiro, o indivíduo, que herdará montante suficiente para se manter em um bom padrão de vida sem trabalhar, vale-se desse patrimônio para se tornar uma pessoa inativa, ou seja, um peso para a comunidade.

A partir dessa inércia comportamental do herdeiro necessário malefícios são gerados para a população. O principal dano é na previdência social brasileira, que por ser fundada no princípio da solidariedade, se sustenta na concepção que ativos contribuem para os inativos. Considera-se o Sistema uma pirâmide, na base dela estará população mais jovem do país com capacidade ativa que contribui para os inativos, posicionados no topo da pirâmide e representam a população mais idosa do Estado.<sup>234</sup>

Todavia, o herdeiro necessário, futuro herdeiro de grande fortuna, não contribuíra para o sistema. E se esse comportamento torna-se um modelo entre aqueles que possuem um padrão de vida alto o sistema previdenciário será envenenado.

Mesmo estando na base da sociedade, podendo contribuir de forma ativa para esta, os sucessores necessários de um grande patrimônio se acomodam e vivem na expectativa de futuramente herdar um patrimônio dos seus progenitores. Dessa forma, a legítima constitui um desestímulo para a evolução do ser humano, que ao invés de está trabalhando, construindo alguma coisa, tendo um objetivo de vida, cresce na espera de herdar o patrimônio da família.

---

<sup>234</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 51-52.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho constata que no decorrer da história evolutiva do direito, apesar da existência de institutos seculares, vem se alterando na tentativa de acompanhar as alterações fáticas da sociedade. Todavia, este muitas vezes se mostra atrasado conquanto a realidade, não conseguindo se equiparar a constante progressão da coletividade. Dessa forma, as codificações permanecem desconexas com a vida prática.

A liberdade de testar é limitada pela codificação, e originariamente foi restrita com o intuito de proteger a entidade familiar. Essas constringências vêm, ao longo dos anos, cerceando, cada vez, a autonomia da vontade

Até no momento que o autor da herança deveria possuir uma maior liberdade de testar, que seria referente a sua cota disponível, a lei impõem, no momento de dispor, as mais variadas formalidade a fim de suprimir essa independência. Isso ocorre, por exemplo, espécies testamentárias que são obrigadas a seguir o rito previamente estabelecidos na lei.

O limítrofe dessa autonomia é a existência de herdeiros necessários, que foram protegidos a partir de uma concepção patriarcal de que apenas o homem poderia prover o sustento da família.

Essa visão está equivocada se pensamos na acepção de família já discutida anteriormente, uma conceito de família que o código não incorporou, pelo menos não nos dispositivos sucessórios. Leviano ainda seria falar que a tutela do patrimônio de uma pessoa para a garantia de que este permaneça na sua linhagem visa proteger o interesse geral da sociedade, quando mostra claro os danos que podem trazer para a coletividade as pessoas que são improdutivo no quesito econômico, como um desestímulo a evolução humana, e ainda acentua o abismo social, garantindo o acúmulo do patrimônio permaneça nas mãos de pouco.

Por fim, conclui-se que deveria ser feita uma releitura da tutela da legítima sobre o patrimônio do autor da herança, que tem sua liberdade privada em nome de um argumentos falaciosos, que não mais perduram no ordenamento.

## REFERENCIA

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Reformas legislativas necessárias nos direitos de família e das sucessões estão por vir**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9961/reformas-legislativas-necessarias-nos-direitos-de-familia-e-das-sucessoes-estao-por-vir>. Acesso em: 30 mai 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil: Direito De Família E Das Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2004.

BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.857. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 out. 2013.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, art. 22. Disponível em: [http://www.dji.com.br/leis\\_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm](http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm). Acesso em: 30 mai 2013.

BEVILÁQUIA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 1. Ed. São Paulo: Red Livros, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Vol. 6. Direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CARDOZO, Daniel. **Expectativa de vida do brasileiro ganha bônus de 26 anos para se viver**. Disponível em: <<http://www.jornaldebrasil.com.br/site/noticia.php?expectativa-de-vida-do-brasileiro-ganha-bonus-de-26-anos-para-se-viver&id=459054>>. Acesso em 30 mai. 2013.

CARVALHO, Ana Paula Freire. **Da Colação do Bem Doador**. Disponível em <<http://www.marcosmartins.adv.br/artigos/230112.pdf>>. Acesso em 30 mai 2013

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Carin Maribel Koetz Diniz da. **A Influência do incentivo no comportamento oportunista do Risco Moral**: Uma análise experimental. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado Acadêmico da Universidade do Vale de Itajaí. Universidade Vale do Itajaí, Biguaçu, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

DELLAGNEZZE, René. **O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12618](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618)>. Acesso em 31 mai.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FACHIN, Luiz Edson apud FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. **Curso de Direito Civil**: Direito das Famílias. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. **Curso de Direito Civil**: Direito dos Contratos. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. **Curso de Direito Civil**: Direito das Famílias. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposição Testamentária e Clausularão da Legítima. In: Hironoka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Milton. A Família na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. ano 79, v. 654, abril, 1990.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu et. al. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V.1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMOPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos, tomo II: contratos em espécie. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. ver. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012

GOMES, José Carlos. **Colação de bens à herança**. Disponível em <  
[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5131](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5131)>. Acesso em 28 mai. 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direitos civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

Iannelli. apud SANTANA, Lucas da Silva. **A propriedade privada e sua função social: uma análise da situação proprietária**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia.

KONDILY, Ioanna apud NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões: Arts.1.784 a 2.027**.Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundantes do Direito Civil Atual. in: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto apud Nevares, Ana Luiza Maia. Fundamentos da Sucessão Legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil-** volume II.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MADALENO, Rodolfo. **Testamento: Expressão de Última Vontade**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=701>>. Acesso em 22 abril 2012.

MAGALHÃES, Lucia Regina Esteves de. **10 Anos de Código Civil: A evolução Civil-Constitucional do direito**. Disponível em <[http://www.emerj.tirj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_195.pdf](http://www.emerj.tirj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_195.pdf)>. Acesso em 26 de maio de 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

MAXIMILIANO, Carlos. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. **Direito Civil: Introdução e Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte especial**, Tomo LVIII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

MORAES, Maria Celina Bondin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 mai 2013.

MOREIRA, Décio. **Autodeterminação e Proteção da Legítima**. Disponível em <[http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5&Itemid=9](http://www.drdeciomoreira.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=9)>. Acesso em 29 mai. 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões: Comentários a Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2009.

OLIVEIRA, Alóide Souza de. **Família: um desafio para os assistentes sociais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11575](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11575)>. Acesso em: 30 de mai de 2013.

OLIVEIRA, Ana Carla Tavares; Cavalcanti, Luciana da Costa. As Entidades Familiares Analisadas Sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil- Aspectos Jurídicos Constitucionais. **Revista do Ministério Público**. Alagoas. N. 10, Jun/jul, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do direito de Família**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Lopes. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Sugestões literárias.

OLIVEIRA, Jose Lopes de. *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituicoes de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERROT, Michelle *apud* CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As Entidades Familiares na Costituição Federal**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n.1, abr./jun., 1999.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 7.

SANTOS, João Manoel de Carvalho *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões: Arts.1.784 a 2.027**.Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

SANTOS, Sérgio Nunes dos. **Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face a súmula 358 so STJ**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12325](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12325)>. Acesso em: 30 mai 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang *apud* SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVIO, Rodrigues. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Curso de Introdução ao Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, V. 6.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil- Tomo I.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil- Tomo III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. **Revista de Direito Privado.** ano 11, n. 44, out-dez, 2010.

VELOSO, Zeno. Testamento – Noções Gerais; Formas Ordinárias; Codicilo; Formas Especiais. In: Hironoka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Pereira. **Direito das Sucessões.** 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 11. ed. São Paulo: ATLAS S.A., 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6.

WALD, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.