

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL

LUCIANE SOBRAL

**DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS DISCRIMINATÓRIAS E DIREITOS
FUNDAMENTAIS: Uma análise Civil-Constitucional da Liberdade de testar
no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

CURITIBA

2024

LUCIANE SOBRAL

**DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS DISCRIMINATÓRIAS E DIREITOS
FUNDAMENTAIS: Uma análise Civil-Constitucional da Liberdade de testar
no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de
Doutorado do Centro Universitário
Autônomo do Brasil – UniBrasil como
requisito parcial à obtenção do título de
Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direitos
Fundamentais e Democracia

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia
Corrêa de Vasconcelos

CURITIBA

2024

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (UniBrasil),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Sobral, Luciane
Disposições testamentárias discriminatórias e
direitos fundamentais : uma análise civil-
constitucional da liberdade de testar no ordenamento
jurídico brasileiro. / Luciane Sobral. -- Curitiba,
2024.

182 f.

Orientador: Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de
Vasconcelos
Tese (Doutorado) - UniBrasil, 2024.

1. Testamentos. 2. Direito Civil. 3. Direito
Constitucional. 4. Direitos Fundamentais. I.
Vasconcelos, Rita de Cássia Corrêa de, orient. II.
Título.

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE TESE DE DOUTORADO

Aos 26 dias do mês de novembro de 2024, às 15h, formato híbrido, presencial – Campus UniBrasil Curitiba, Bloco do Auditório Cordeiro Clève, PPGD, Sala 03 e online, via Plataforma Teams, foi realizada Defesa Pública de Tese da Doutoranda **LUCIANE SOBRAL**, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Área de Concentração Direitos Fundamentais e Democracia, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia, com o trabalho intitulado: “**DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS DISCRIMINATÓRIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE TESTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**” orientado pelo(a) PROFESSOR(A) DR(A). RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS. A Banca Examinadora foi constituída pelos PROFESSORES DOUTORES: PAULO ROBERTO NALIN, LUCIANA PEDROSO XAVIER, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO, MARCOS AUGUSTO MALISKA, PAULO RICARDO SCHIER (MEMBROS) E RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS (PRESIDENTE E ORIENTADORA).

Com base nos critérios de avaliação anexos, homologados pelo Colegiado 26.02.2024, bem como no sistema de avaliação adotado pelo Programa de Pós-Graduação do UniBrasil:

Sistema de Avaliação do PPGD UniBrasil:	
A	Excelente 9.0 a 10.0
B	Bom 8.0 a 8.9
C	Regular 7.0 a 7.9
D	Insuficiente zero a 6.9

A Banca Examinadora deliberou que:

1. A nota e o conceito alcançados pela doutoranda **LUCIANE SOBRAL** na defesa da tese de doutorado são:
Nota: 9,6 Conceito: A.
2. A candidata na defesa da tese está:

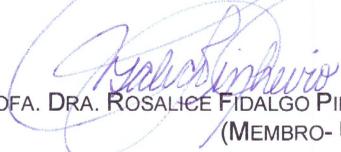
<input checked="" type="checkbox"/>	Aprovado(a)
<input type="checkbox"/>	Reprovado(a)
<input type="checkbox"/>	Aprovado(a) com exigências – art. 105 – RI PPGD UniBrasil:
<input type="checkbox"/>	Exigências deliberadas:

Eu, PROFA. DRA. RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS, Presidente da Banca e Orientador(a) do Projeto, lavrei a presente Ata que segue assinada por mim e pelos demais membros da Banca Examinadora.


PROFA. DRA. RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS
(PRESIDENTE - PPGD UNIBRASIL)


PROFA. DRA. LUCIANA PEDROSO XAVIER
(MEMBRO - PPGD UFPR)


PROF. DR. PAULO ROBERTO NALIN
(MEMBRO - PPGD UFPR)


PROFA. DRA. ROSALICE FIDALGO PINHEIRO
(MEMBRO - UFPR)


PROF. DR. MARCOS AUGUSTO MALISKA
(MEMBRO - PPGD UNIBRASIL)


PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER
(MEMBRO - PPGD UNIBRASIL)

Anexo - Ata Banca Defesa de Tese de Doutorado
CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DAS BANCAS
Homologação Reunião do Colegiado ocorrida em 26.02.2024

Candidata: Doutoranda LUCIANE SOBRAL Data: 26/03/2024 – Horário: 14h – Formato: Híbrido			
Banca Examinadora: PROFESSORES DOUTORES: PAULO ROBERTO NALIN, LUCIANA PEDROSO XAVIER, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO, MARCOS AUGUSTO MALISKA, PAULO RICARDO SCHIER (MEMBROS) E RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS (PRESIDENTE E ORIENTADORA).			
1. QUESTÕES FORMAIS:			
Critérios	Adequado	Necessários Ajustes	Inadequado
Mínimo de 300 páginas (texto)	X		
Em torno de 300 referências consultadas (aproximadamente 1000 notas de rodapé)	X		
Citação artigos da RFD (mínimo 10)	X		
Citação Produção Professores PPGD	X		
Uso de Citação Direta Longa (doutrina), dando preferência às notas de rodapé	X		
Correção de Digitação e Gramática	X		
2. QUESTÕES METODOLÓGICAS:			
Critérios	Adequado	Necessários Ajustes	Inadequado
Resumo e Palavras-Chave	X		
Sumário (compatível com o desenvolvimento do tema)	X		
Introdução - Apresentação do problema, dos objetivos (geral e específicos) e metodologia	X		
Demonstração clara da hipótese da pesquisa	X		
Compatibilidade com as regras de apresentação de trabalhos – ABNT	X		
Verificação, pelo orientador(a), do atendimento às sugestões da Banca de Qualificação	X		
3. QUESTÕES DE FUNDO:			
Critérios	Adequado	Necessários Ajustes	Inadequado
Aderência às Linhas de Pesquisa do PPGD	X		
Desenvolvimento adequado dos conceitos referidos no texto	X		
Domínio da tratativa do tema a partir da legislação e doutrina nacional e estrangeira (estado da arte)	X		
Revisão Bibliográfica Apropriada – variedade e atualidade	X		

Dedico para Henrique e Bruno,
pelo amor, carinho e compreensão
na vida e nesta jornada.
Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

A pesquisa e escrita desta tese foram tarefas desafiadoras, por isso nomear aqueles que estiveram comigo nesta caminhada é o mínimo que posso fazer, e o faço não por mera formalidade, mas com o coração verdadeiramente inundado de gratidão.

A Deus, sempre em primeiro lugar, pelas inúmeras bênçãos que me tem concedido ao longo da vida, por me direcionar até aqui e me conceder principalmente saúde e força, por colocar pessoas na minha vida que me ajudaram a conciliar as funções de pesquisadora, advogada, professora, esposa, mãe, filha (e tantas outras assumidas) durante o doutorado.

Ao Henrique, meu filho lindo, que escreveu comigo essa tese, parte na barriga, parte no colo e o final dela correndo ao meu redor, ele que trouxe um propósito maior para tudo e no auge do seu 1 ano e 4 meses me ensina todos os dias sobre amor, alegria, resiliência e consegue com um sorriso, um abraço ou um simples “mamãe” transformar todos os dias cinzentos, obrigada por ser meu melhor motivo para não desistir, mamãe te ama.

Ao Bruno, meu marido e parceiro para tudo, que vivenciou comigo todas as dificuldades e alegrias que esse estudo me proporcionou, acompanhou meu processo de amadurecimento pessoal e acadêmico desde antes do mestrado até a conclusão do doutorado, me apoiou mesmo quando quebrei a promessa de dar um tempo nos estudos após o mestrado, concordando com a ousada decisão de iniciar o doutorado no ano do nosso casamento e abdicou de muitos momentos em família em favor deste projeto. Sou imensamente grata por tudo que faz por mim e pela nossa família, pelo amor, cuidado, carinho, compreensão e por exercer a paternidade de forma tão ativa e responsável. Te amo e prometo não me vincular a nenhum pós-doutorado tão logo.

Aos meus pais Inês e Gilberto, por tudo que fizeram ainda fazem por mim, por terem formado meu caráter, internalizado os princípios mais valiosos que carrego comigo e pelo incentivo ao estudo desde cedo, obrigada por não medirem esforços para que eu alcançasse meus objetivos, no discurso da formatura da graduação eu disse e, agora, quase 10 anos depois, na conclusão do doutorado repito: “Essa vitória é nossa!”. Amo vocês!

Aos meus sogros Cristiane e Márcio, por desde o primeiro momento me acolherem como filha, por todo o carinho e apoio e pela compreensão das ausências necessárias para concretização desse objetivo.

Aos meus cunhados Jonathan, Mateus, Felipe e Coral por serem os irmãos que eu não tive, pelos bons momentos que passamos juntos, necessários para manter o equilíbrio e amenizar as dificuldades da vida acadêmica.

À Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, pela orientação gentil e compreensiva durante a escrita desta tese, por ser inspiradora como advogada e professora e pelo honroso convite para integrar o corpo docente da Pós-Graduação em Família e Sucessões na PUCPR, sob a sua coordenação.

À Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, pela orientação no mestrado e em parte do doutorado, por todo o apoio e, especialmente, pela conversa minutos após a banca de defesa da dissertação que resultou no meu ingresso no doutorado, que bom que eu ouvi o seu conselho, aquela era realmente a hora certa.

Ao Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska, pelas aulas no mestrado e doutorado, pelas críticas construtivas e pertinentes na qualificação desta tese, por ser um pesquisador de excelência sem perder a humildade acadêmica, característica que lhe torna ainda mais admirável.

Às Profas. Dra. Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier pelas contribuições e provocações na qualificação desta tese, necessárias para reestruturação do trabalho e, em especial à Profa. Luciana, pela disponibilidade de compartilhar materiais e se mostrar interessada na pesquisa, expresso ainda minha admiração pelas várias funções assumidas com maestria na docência, na pesquisa, na advocacia e coordenação da Comissão de Direito das Famílias e Sucessões da OAB/PR.

Ao Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier, com quem aprendo desde o mestrado sobre Direito, sobre a docência e sobre a vida, muitas das reflexões desta tese surgiram nas suas aulas, ou a partir de textos de sua indicação. Agradeço ainda por ter dito a frase mais marcante durante toda a minha passagem pelo PPGD: “o mundo não para enquanto você cursa um mestrado/doutorado”.

Ao Prof. Dr. Paulo Nalin pelas aulas ministradas na disciplina isolada cursada na UFPR que me proporcionou acesso a materiais e debates

extremamente valiosos e necessários para a construção desta tese e pelas generosas contribuições feitas a minha pesquisa na ocasião.

Ao Prof. Dr. Marco Berberi que atuou em parte da pesquisa como meu orientador e foi meu parceiro na coautoria de vários artigos durante a pesquisa.

A todos os professores do PPGD UniBrasil, agradeço nas pessoas dos coordenadores Prof. Dr. Bruno Lorenzetto e Prof. Dr. William Pugliese, por todos esses anos de convivência e inúmeros aprendizados.

Aos funcionários do UniBrasil, colaboradores do escritório e alunos pelo apoio durante a fase da pesquisa.

Às amigas e amigos queridos que fizeram essa fase mais leve.

Muito obrigada!

Vai, vai lá,
não tenha medo do pior
eu sei que tudo vai mudar,
você vai transformar
o mundo ao seu redor.

(Projota, 2016)

RESUMO

A civilística brasileira defende a autonomia privada, quando se trata de sua expressão por meio de testamento ela se torna ainda mais exigente. O direito sucessório não possibilita, de modo amplo, o exercício da autonomia privada; a liberdade de testar é limitada pela legítima, que obriga a reserva de metade do patrimônio aos herdeiros necessários; para a outra metade, chamada de parte disponível, em regra, o testador possui liberdade de dispor do patrimônio como bem entender. Não há preocupação do legislador brasileiro em promover medidas específicas antidiscriminatórias no direito privado. O objetivo deste estudo é averiguar a possibilidade de interferência na manifestação de vontade do testador quando houver discriminação nas disposições testamentárias, levando em consideração o princípio da igualdade. O estudo se debruça na compreensão dos limites à autonomia privada dos testadores e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Utilizando-se do método dedutivo, por meio de doutrina, legislação e jurisprudência, busca-se nas Diretivas da União Europeia o fundamento para aplicação no Brasil de um direito antidiscriminatório. Portanto, a pesquisa se ocupa em constatar a possibilidade de aplicação do “Direito da Antidiscriminação” na seara testamentária, bem como estabelecer critérios para afastar a utilização do testamento como instrumento de discriminação dos herdeiros e propor soluções quando presentes disposições testamentárias discriminatórias em ofensa aos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Testamento; Discriminação; Liberdade; Igualdade; Antidiscriminação.

ABSTRACT

Brazilian Civil Law defends private autonomy, when it comes to its expression through a will it becomes even more demanding. Succession law does not allow, in a broad sense, the exercise of private autonomy; the freedom to test is limited by the legitimate, which requires the reservation of half of the assets to the necessary heirs; for the other half, called the available part, as a rule, the testator is free to dispose of the assets as he sees fit. There is no concern on the part of the Brazilian legislator to promote specific anti-discrimination measures in private law. The objective of this study is to investigate the possibility of interference in the testator's expression of will when there is discrimination in testamentary provisions, taking into account the principle of equality. The study focuses on understanding the limits to the private autonomy of testators and the effectiveness of fundamental rights in relationships between individuals. Using the deductive method, through doctrine, legislation and jurisprudence, the European Union Directives seek the basis for the application of anti-discrimination law in Brazil. Therefore, the research focuses on verifying the possibility of applying the "Right of Anti-Discrimination" in the testamentary field, as well as establishing criteria to rule out the use of the will as an instrument of discrimination against heirs and proposing solutions when there are discriminatory testamentary provisions that offend the rights fundamental.

Keywords: Will; Discrimination; Freedom; Equality; Anti-discrimination.

RESUMEN

El Derecho Civil brasileño defiende la autonomía privada, pero cuando se trata de su expresión a través de un testamento se vuelve aún más exigente. El derecho sucesorio no permite, en sentido amplio, el ejercicio de la autonomía privada; la libertad de prueba está limitada por la legítima, que exige la reserva de la mitad de los bienes a los herederos necesarios; para la otra mitad, llamada parte disponible, por regla general, el testador es libre de disponer de los bienes como mejor le parezca. No existe ninguna preocupación por parte del legislador brasileño por promover medidas específicas antidiscriminatorias en el derecho privado. El objetivo de este estudio es investigar la posibilidad de interferencia en la expresión de la voluntad del testador cuando existe discriminación en las disposiciones testamentarias, teniendo en cuenta el principio de igualdad. El estudio se centra en comprender los límites de la autonomía privada de los testadores y la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre individuos. Utilizando el método deductivo, a través de doctrina, legislación y jurisprudencia, las Directivas de la Unión Europea buscan las bases para la aplicación del derecho antidiscriminatorio en Brasil. Por ello, la investigación se centra en verificar la posibilidad de aplicar el “Derecho de Antidiscriminación” en el ámbito testamentario, así como establecer criterios para descartar la utilización del testamento como instrumento de discriminación contra los herederos y proponer soluciones cuando existan Disposiciones testamentarias discriminatorias que atentan contra los derechos fundamentales.

Palabras clave: Testamento; Discriminación; Libertad; Igualdad; Antidiscriminación

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 AUTONOMIA TESTAMENTÁRIA E DISCRIMINAÇÃO	19
2.1 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA ENTRE INTERESSES PATRIMONIAIS E INTERESSES EXISTENCIAIS.....	19
2.1.1 Testamento: Expressão Máxima da Autonomia Privada	22
2.1.2 Os Interesses dos Sucessores e a Função Promocional do Testamento	32
2.2 OS LIMITES DA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	37
2.2.1 A Intangibilidade da Legítima: a proteção à família como limite à liberdade de testar.....	40
2.2.2 Liberdade Testamentária e Vulnerabilidades.....	53
2.3 A INVISIBILIDADE NA DOCTRINA BRASILEIRA DA DISCRIMINAÇÃO DOS SUCESSORES NO TESTAMENTO	60
3 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO: DA EXPERIÊNCIA COMPARADA AO DIREITO SUCESSÓRIO	63
3.1 AUTONOMIA PRIVADA E DISCRIMINAÇÃO.....	63
3.1.1 Igualdade e Autonomia Privada	64
3.1.2 A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Interprivadas	68
3.2 A EXPERIÊNCIA EUROPEIA: O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO.....	75
3.2.1 As Diretivas da União Europeia e o “Novo Direito Antidiscriminatório”	76
3.2.2 Os Instrumentos de Proteção contra Discriminação	80
3.2.2.1 A discriminação direta	81
3.2.2.2 A discriminação indireta.....	83
3.2.2.3 Instrumentos antidiscriminatórios por analogia.....	85
3.3 A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	88
3.3.1 A Proibição de Discriminação nos Contratos.....	89
4 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DOS SUCESSORES: REPENSANDO A LIBERDADE TESTAMENTÁRIA EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE	96
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO.....	96

4.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a igualdade como seu fundamento.....	97
4.1.2 Dimensões do Direito à Igualdade de Tratamento.....	101
4.1.2.1 Dimensão negativa: a proibição de discriminação.....	101
4.1.2.2 Dimensão positiva: mandamento de tratamento de igualdade	105
4.1.3 A eficácia do princípio da igualdade nas relações interprivadas.	106
4.2 O REEXAME DA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA EM FACE DA IGUALDADE DE TRATAMENTO	109
4.2.1 Dentro ou Fora? A discussão teórica da limitação à liberdade de testar	110
4.2.2 A Intangibilidade da Legítima e o Direito Fundamental à Liberdade de Testar: Limites Imanentes?	117
4.2.3 Delineando as Restrições à Liberdade de Testar em face dos Interesses dos Sucessores	133
4.3 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA	140
4.3.1 Disposições Testamentárias Discriminatórias no Direito Comparado	141
4.3.2 Disposições Testamentárias Discriminatórias: uma vereda aberta pela jurisprudência nacional	144
4.3.3 A Nulidade Virtual das Disposições Testamentárias Discriminatórias dos Sucessores.....	153
5 CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS.....	167

1 INTRODUÇÃO

E, virando-se para o escrivão, continuou:

- Deixo toda a minha fazenda para minha sobrinha, Antonia Quijana, e a primeira coisa que ela deve fazer é pagar o que devo à minha governanta pelo tempo em que me serviu e acrescentar vinte ducados para um vestido. Também é minha vontade que, **se Antonia Quijana quiser se casar, que se case com um homem que nunca tenha lido livros de cavalarias. Caso contrário, ela perderá tudo o que lhe deixei, que deverá ser distribuído a obras de caridade.** Deixo como meus testamenteiros o senhor padre e o bacharel Sansão Carrasco, aqui presentes. [...]¹ (destacou-se).

No trecho acima, destacado da obra *Dom Quixote*, o autor Miguel de Cervantes narra situação em que o testador impõe condição à herdeira testamentária (sua sobrinha Antonia Quijana). Transpondo este trecho da literatura para os dias atuais seria possível afirmar que referida disposição testamentária viola direitos fundamentais da herdeira, pois atinge sua liberdade matrimonial ao determinar as características do futuro marido necessárias para que ela não perca o direito à herança.

A partir dessa reflexão emprestada da literatura clássica surge o primeiro questionamento objeto do presente estudo: É possível que o testador faça uso da sua liberdade testamentária para impor condição que fere os direitos fundamentais da pessoa humana? Não seria uma cláusula discriminatória e, portanto, nula de pleno direito?

A doutrina civilista, em sua maioria, quando visitada para responder sobre a liberdade testamentária, sustenta que o testamento é um dos poucos espaços (o único com efeito *post mortem*) em que o autor da herança pode decidir livremente o destino do seu patrimônio e o teor das cláusulas que estarão previstas em sua última disposição de vontade.

Um dos argumentos utilizados pela doutrina é de que a liberdade do testador já é limitada pela legítima (reservada aos herdeiros necessários). Assim, a parte disponível (50% restantes, quando se tem herdeiros necessários ou a totalidade, na ausência desses) é figura praticamente sagrada para a doutrina, que se manifesta de maneira a elevar e priorizar a autonomia privada sempre que possível.

¹ CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote*. Adaptação de Marcelo Montoza. 1 ed., Cotia/SP: Pé da Letra, 2018, p. 240.

De fato, o testamento é instrumento utilizado para exercício da autonomia privada, e as disposições nele contidas produzirão efeito apenas após a morte do testador; até lá há possibilidade de revogá-lo e refazê-lo quantas vezes o titular entender necessário. Mas o questionamento que se faz é: possíveis distinções, estabelecidas no exercício de sua liberdade testamentária, são próprias da autonomia privada do testador? E se houver distinções entre herdeiros, que caracterizem cláusulas discriminatórias por atentar contra os direitos fundamentais, seria possível invalidá-las? Considerando-se a liberdade do testador de dispor a parte disponível para quem lhe convier, ao decidir por privilegiar um herdeiro necessário em detrimento de outro(s), poderia ser considerada disposição discriminatória? E se a decisão implicar em privilégio de um dos filhos em detrimento de outro(s), há algum impedimento? Como fica a igualdade de filiação prevista constitucionalmente? E, ainda, se a decisão tiver motivação discriminatória em razão de raça, sexo, religião etc.?

E essa motivação discriminatória poderia ser invocada pelo herdeiro com argumento de que estaria de modo implícito na escolha pelo testador? Ou a discriminação precisa ser expressa no negócio jurídico para ser questionada? Se, por exemplo, o testador deixa a parte disponível apenas para seus filhos homens, poderia a filha mulher pleitear a nulidade da cláusula testamentária com fundamento na discriminação de gênero?

Não há na doutrina brasileira respostas claras para as questões acima formuladas, pois a tendência que se percebe é considerar a autonomia privada como expressão máxima do testamento e ignorar possíveis violações aos direitos fundamentais.

Por isso, a tese consiste em provocar reflexões sobre a discriminação no testamento, utilizando como exemplo definições e normativas internacionais para responder à problemática: Qual o alcance da liberdade de testar quando se trata de discriminação de herdeiros?

A hipótese de solução é que apesar do testamento ser instrumento de exercício da autonomia privada, ele não pode servir de meio para promover discriminações. Entretanto, a dificuldade está em avaliar quando a disposição é discriminatória ou quando é mero exercício de escolha que, portanto, elege uns e exclui outros. Trata-se, em um primeiro momento, de sustentar que a liberdade de testar não comporta disposições discriminatórias por atentar contra direitos

fundamentais, e, em um segundo momento, qual seria seu efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa realizada orientou-se pelo método de abordagem dedutivo e o procedimento de pesquisa documental bibliográfico.

Nesta perspectiva, a obra *“La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones”*, de autoria de Teodora F. Torres García e María Paz García Rubio. O estudo desenvolvido pelas professoras espanholas despertou a atenção para a possibilidade de disposições testamentárias discriminatórias no direito brasileiro. Tais autoras reconhecem um princípio de não discriminação que se impõe à liberdade de testar, porém, admitem com reservas a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas como fundamento para isso. A partir disso, a tese voltou-se para a doutrina nacional e inspirou-se na “função promocional do testamento”, desenvolvida por Ana Luiza Maia Nevares, com forte influência de Pietro Perlingieri, ao professar o interesse dos sucessores no exercício da liberdade testamentária.

O tema inevitavelmente direcionou-se para o “Direito Antidiscriminatório”, que se desenvolveu na Espanha, em razão das diretivas da União Europeia. Foram utilizados artigos publicados em revistas científicas espanholas e brasileiras, como o de Ariadna Aguilera Rull, *“Discriminación Directa y Indirecta”* e de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro” e “Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia”, com o objetivo de transpô-lo à seara testamentária.

Ao enfrentar o tema da limitação da liberdade de testar, a tese utilizou-se da obra *“Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”* de Virgílio Afonso da Silva, para delinear a sob as teorias internas e externas dos direitos fundamentais aplicáveis à liberdade de testar.

A tese está dividida em três capítulos: o primeiro tratará sobre “Autonomia testamentária e Discriminação” e tem por objetivo compreender a noção da autonomia privada e sua aplicação no testamento; passará ainda pela compreensão da função promocional do testamento, defendida por Ana Luiza Maia Nevares e sua relação com os interesses dos sucessores. Por fim, abordará a invisibilidade do tema trabalhado na doutrina brasileira.

O segundo capítulo tem por objetivo embasar a tese a partir da experiência estrangeira envolvendo a “Proibição de Discriminação no Direito Privado”, objetiva-se compreender a noção de discriminação e as Diretivas da União Europeia que norteiam o tema, neste capítulo ainda, pretende-se analisar a aplicação do princípio no direito contratual brasileiro, através de exemplos de sua aplicação e identificar possibilidade de transposição das regras aplicadas ao direito contratual para o direito sucessório.

Por fim, o último capítulo tem a finalidade de construir a tese a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, analisando a igualdade e suas dimensões, bem como pela compreensão da eficácia da igualdade nas relações particulares; passando pela análise das teorias interna e externa como restrições aos direitos fundamentais para, por fim, através de análise de casos concretos nacionais e estrangeiros apresentar a solução para a problemática proposta que envolve identificar quando uma disposição testamentária corresponde a mero exercício da liberdade do testador e quando tem-se caso de discriminação ainda que implícita. Por fim, invoca-se a teoria das nulidades para propor a melhor solução aos casos discriminatórios.

2 AUTONOMIA TESTAMENTÁRIA E DISCRIMINAÇÃO

2.1 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA ENTRE INTERESSES PATRIMONIAIS E INTERESSES EXISTENCIAIS

A área do Direito que se debruça ao estudo da transmissão da propriedade *post mortem* e suas consequências é o direito das sucessões, ou direito sucessório². Derivado do verbo suceder, “sucessão” diz respeito à substituição, tomada de lugar do outro³. A sucessão *causa mortis* estudada pelo Direito das Sucessões, divide-se em duas espécies: a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

A sucessão legítima obedece a ordem da vocação hereditária, disposta pela legislação civil, enquanto a sucessão testamentária segue a disposição de última vontade do falecido, instrumentalizada através do testamento.⁴

O ordenamento jurídico brasileiro, através do Código Civil, possui um instituto denominado legítima que “reserva” parte da herança a familiares mais próximos, definidos pela lei como herdeiros necessários, o que demonstra a preocupação do legislador em manter o patrimônio no seio familiar.

Nesse sentido, percebe-se a correlação dos temas: sucessão, propriedade e família, já que com o evento morte, a propriedade é deixada como herança aos sucessores familiares e, apenas tendo o autor da herança deixado testamento é que o patrimônio pode ser destinado a alguém que não possua laços familiares com o falecido.

A morte é relevante ao direito civil porque produz efeitos que não podem ser ignorados, todos de relevância extrema nas relações entre particulares. A morte de uma pessoa interfere na vida de todos os que lhe viviam à volta e, embora a morte tudo resolva, verdade é que muitas situações novas são criadas para ser, enfim, resolvidas pelos e para os sobreviventes.⁵

Portanto, há no Direito das Sucessões a vinculação da propriedade (patrimônio) e a família, pois “nas sociedades onde não existe direito de propriedade nem interesse na preservação da família, não existe direito das sucessões”⁶.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.202.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.205.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

Nesse mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro afirma que “propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto”.⁷

Ocorre que esse modelo sucessório baseado na legítima é extremamente antigo e permanentemente estático, sem novidades, diferentemente de outros ramos do Direito Civil, como é o caso do Direito das Famílias que sofreu forte transformação nos últimos anos e atualmente possui formato, personagens e objetivos completamente diferentes em comparação aos anos anteriores.

As relações se transformaram e a vida útil dos relacionamentos foi afetada. Zygmunt Bauman destaca que atualmente, o termo “relacionamento” é deixado de lado e as pessoas são influenciadas a utilizar o termo “conexão”; essa sutil diferença de nomenclatura possui forte significado, já que transforma “parceiros” em “redes”. O sociólogo menciona ainda que “uma ‘rede’ serve de matriz tanto para conectar quando para desconectar [...] as conexões podem ser rompidas, e o são, muito antes que se comece a detestá-las”, mais fácil ainda de romper e desconectar são as relações virtuais, em que basta uma tecla para encerrar a conexão entre duas pessoas⁸.

A pretensão de manter-se em um casamento até o fim da vida já não é mais tão comum e cede lugar para o relacionamento flexível, temporário e já desestabilizado pela coabitação.⁹ Para Zygmunt Bauman, essa fragilidade não está presente apenas na área de relacionamentos, mas de uma maneira geral, vive-se em uma modernidade líquida¹⁰, com relacionamentos frágeis e líquidos¹¹.

Afinal, a decisão romântica do amor como “até que a morte nos separe” está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde extraía seu vigor e sua valorização.¹²

Apesar de verdadeira a constatação sobre a liquidez dos relacionamentos, não se pode negar as inúmeras conquistas na área do direito das famílias. Assiste-se a

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 12 e 13.

⁹ Ibidem, p. 53 e 54.

¹⁰ Vida líquida é conceituada como vida precária, movida por constantes incertezas. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, 2007, p. 7-8).

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. Op cit., p. 53,54,28.

¹² Ibidem, p. 19.

abertura para novos formatos de família e a liberdade para que aquele(a) que não está satisfeito(a) e feliz com o relacionamento, podendo dele sair, em busca do que entender melhor para si. Eis que hoje “valoriza-se mais a satisfação do que a duração das relações”¹³. E essas alterações trazem reflexos para o direito das sucessões.

Entretanto, diferente do direito das famílias, o direito sucessório não foi sensível às transformações relatadas¹⁴. Ainda assim, sua importância permaneceu, pois apesar da tônica residir no indivíduo e não mais nos bens, era impossível deixá-los de lado, já que por ocasião da morte, é preciso definir o destino do patrimônio. “E, assim, da mesma maneira que ‘vivemos para morrer um dia’, a personalidade vive para ser sucedida após sua morte. Os vivos vêm e vão, mas o crédito patrimonial permanece”¹⁵.

Uma das críticas do direito sucessório brasileiro, levantada por Ana Luíza Maia Nevares, diz respeito à sua neutralidade, “raras vezes a lei estabelece a divisão da herança com base em critérios concretos de proteção da pessoa de cada um dos que integram a família”.¹⁶

O sentido da neutralidade criticado pela autora está na aplicação geral das disposições sucessórias sem analisar a real necessidade de cada membro da família, entretanto, o direito sucessório tem origem legislativa, de modo que se verifica a necessidade de dispor abstratamente sobre possibilidades de aplicação. Por esse motivo, prefere-se utilizar o termo abstração do direito sucessório, ao invés de abrir margem para considerá-lo neutro, já que ao privilegiar herdeiros necessários em relação aos demais não se pode afirmar sua neutralidade.

Em que pese referida consideração, considera-se adequada a crítica da autora para um olhar voltado às necessidades específicas de cada herdeiro, desde que exista disposição legal expressa que possibilite utilizar da abstração legislativa para a especificidade do caso concreto.

Nesse mesmo sentido, destaca-se a ausência de mecanismos legislativos que permitam a transmissão da herança em conformidade com a previsão constitucional:

A disciplina do fenômeno sucessório é tarefa da legislação ordinária, sendo a função do Direito das Sucessões estabelecer o destino das situações

¹³ LINS, Regina Navarro. *Novas formas de amar*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017, p. 177 e 178.

¹⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.77.

¹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

jurídicas transmissíveis do autor da herança, conforme os ditames constitucionais, a partir da escolha dos sucessores e da previsão de mecanismos que permitam a liquidação e a partilha da herança.¹⁷

Em sendo o direito sucessório parte do direito civil, e este reflete a estrutura da sociedade, é visível sua importância em atender às exigências da sociedade¹⁸. Ainda que o direito sucessório não tenha avançado na mesma velocidade dos demais ramos do direito civil como o direito das famílias, estando o livro das sucessões no Código Civil de 2002 mantido os institutos baseados em situações e famílias que não corresponde às atuais¹⁹, é preciso analisar as possibilidades de se utilizar desses institutos de modo a garantir a liberdade do testador e, em certa medida, viabilizar e garantir que o direito constitucional à herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

2.1.1 Testamento: Expressão Máxima da Autonomia Privada

De origem grega, o termo “autos” significa individual, pessoal e “nomia” é o verbo conhecer, administrar.²⁰ A origem da palavra “autonomia”, isoladamente, remete ao significado de conhecer ou administrar individualmente.

A autonomia privada tem grande repercussão no Direito Civil, isto porque, é princípio derivado do direito fundamental à liberdade. Para Luiz Edson Fachin, a autonomia privada é um princípio jurídico e político, pois a partir de sua utilização são concretizados os efeitos da liberdade individual²¹. O entendimento majoritário da

¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

¹⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

¹⁹ Ibidem, p. 28; “o Direito das Sucessões, cujas regras se encontram em manifesto descompasso com a sociedade contemporânea, ancorando-se em normas obsoletas e desatualizadas, encontra nos mandamentos constitucionais a necessária renovação pela via hermenêutica [...]” (TEIXEIRA, Daniele Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos Princípios Constitucionais na Interpretação do Direito Sucessório Contemporâneo. In MENEZES, Joyceane Bezerra; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. p. 101).

²⁰ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.3,4.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 58.

doutrina é de que “a autonomia privada é a esfera de liberdade reservada para a pessoa exercer direitos e formar relações jurídicas”²².

Ocorre que, devido a essa repercussão, nem sempre seu conceito é utilizado de maneira correta, sem distorções com outros conceitos semelhantes, da mesma forma, nem sempre se verifica a atual contextualização de referido princípio, sua aplicação e finalidade.

Embora muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, sua conceituação, segundo Pietro Perlingieri, não é das mais fáceis, já que sua definição exata depende do ordenamento jurídico estudado e da precisa experiência histórica que lhe é exigida.²³

No mesmo sentido, Ana Prata atribui relação direta da autonomia privada com a propriedade e estabelece um conceito que depende de elementos históricos²⁴, em seu entendimento, o conceito de autonomia privada está em constante transformação, “não é atemporal nem imutável”²⁵

Ao denominar a autonomia privada como “pedra angular do Direito Privado”, Luiz Edson Fachin revela que esse princípio tem seus contornos definidos pelo “contexto econômico-político próprio”²⁶, no qual se insere. Essa compreensão se deu a partir da ruptura do sistema feudal e passagem para o sistema capitalista, o qual privilegia a liberdade do indivíduo, permite ao homem afirmar-se como pessoa, adequando-o ao capitalismo, sendo considerado um princípio fundamental do Direito Privado^{27,28}.

Essa passagem foi marcada pelo voluntarismo jurídico, que defendia a propriedade, contrato e a produção capitalista como aspecto natural e o poder político como artificial. Não era permitida a interferência desse (artificial) naquele (natural), ou seja, o poder político era exercido dentro dos limites da produção capitalista realizada pelos homens livres e iguais. Assim, existente nos contratos como representação da

²² FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 56.

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

²⁴ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.7.

²⁵ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.25.

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

²⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86.

²⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.494.

liberdade individual, a autonomia privada passou a ser analisada como o fundamento para o próprio Estado, isto porque, o Estado precisava da figura do contrato para sua justificação.²⁹

Nesse período, a burguesia oitocentista ocupava espaço privilegiado para atuar em relações negociais, sem interferências e de acordo com a vontade dos indivíduos. Posteriormente, o capitalismo surgiu para transformar o valor de uso das coisas para valor de troca, sendo objeto de acordo entre os sujeitos de direito; assim, o homem passou a ser titular de direitos subjetivos e a realizar contratos de cunho econômico: passou-se a analisar a vontade de contratar.³⁰

A partir do Estado Liberal houve a “afirmação do individualismo jurídico”³¹. Nesse momento também, a autonomia privada era baseada na igualdade formal dos indivíduos, de modo que para evitar perigo de eliminação dos mais fracos pelos mais fortes, mais tarde, viu-se necessária a intervenção estatal por meio da imposição de limites à liberdade.³²

Deste modo, voluntarismo, individualismo e liberalismo se entrelaçam para dar origem à autonomia de vontade no século XVIII, que se identifica com a noção de liberdade do homem, em sua essência, e a possibilidade de assumir obrigações políticas ou privadas, de acordo com seus interesses³³.

Segundo Luiz Edson Fachin, a autonomia privada possui relação direta com interesses de particulares e atua frente aos espaços em branco deixados pela legislação, isto é, os particulares conseguem exercê-la apenas na ausência de determinações em sentido contrário pelo legislador.³⁴

Apesar de seu entendimento a respeito da dificuldade de precisão exata de um conceito, Pietro Perlingieri define, como pressuposto de desenvolvimento crítico do

²⁹ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.10

³⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.491-507, p. 491,492.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

³² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

³³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.491-507, p. 493.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

conceito e, em termos gerais, que a autonomia privada pode ser considerada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos [...] livremente assumidos”³⁵.

Pontes de Miranda, por sua vez, critica o termo “autonomia privada”, no seu entendimento, é mais correto denominar “autorregramento da vontade”, isto porque: “a palavra ‘autonomia’ implica a ideia de criação de normas pela própria pessoa [...] e o vocábulo ‘privada’ limita o campo de atuação da vontade aos atos jurídicos entre particulares, quando, em verdade, está presente em todas as áreas do direito”³⁶.

Comumente os conceitos de autonomia privada e autonomia de vontade são confundidos. A autonomia privada está ligada ao conceito de manifestações de poder e, estes implicam na validade do direito, isto é, os negócios jurídicos baseados na autonomia privada possuem validade apenas se realizados em conformidade à lei, não sendo possível confrontá-la com a vontade do indivíduo.³⁷

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk relata que a autonomia privada teria sido distorcida de conceitos kantianos como oposição ao liberalismo econômico e que, mesmo que a doutrina brasileira tenha preocupação em distinguir a autonomia privada da autonomia de vontade, a doutrina estrangeira costuma prestigiar a expressão autonomia de vontade, que no Brasil entende-se ultrapassada.³⁸

A fim de explicar a autonomia privada no âmbito individual e sua relação com os interesses públicos, Rüger utiliza-se da teoria dos círculos concêntricos de Jellinek³⁹, considerando a autonomia privada no círculo exterior e a autonomia de vontade no interior. Assim sendo, no círculo externo estariam os sujeitos livres e iguais compartilhando seu espaço de atuação entre si, já no círculo interno estaria o espaço denominado “intangibilidade do sujeito”. Isto é, a autonomia de vontade estaria ligada à esfera íntima e à livre escolha de um modo geral, enquanto a autonomia privada

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

³⁶ MIRANDA, Pontes De. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo III Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 110-111.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 56.

³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 122-123

³⁹ Jellinek utilizou a imagem de círculos concêntricos em sua Teoria do Mínimo Ético para representar em um dos círculos o universo jurídico e, no círculo interno o discurso moral. (RÜGGER, 2007, p. 9).

liga-se ao ordenamento jurídico, na possibilidade de criação de normas jurídicas dentro dos limites da lei.⁴⁰ Desta forma, a autonomia de vontade tem ligação com o Estado Liberal, momento em que a vontade, por si só, possibilitava a criação de negócios jurídicos e o Estado não interferia nas relações entre particulares. Posteriormente, surgiu a necessidade de que a vontade expressada estivesse em conformidade com o ordenamento jurídico e apenas assim haveria a possibilidade de criação (validade) de negócios jurídicos⁴¹.

Dito de outra forma, a autonomia privada possui conceito mais abrangente que a autonomia de vontade, já que aquela contém em sua definição a presença e limitação estatal como requisitos para a realização de negócios jurídicos. Tendo em vista que o próprio ordenamento regula as limitações da autonomia privada, exigindo requisitos para validade do negócio jurídico, automaticamente, a vontade é reduzida e nem sempre possibilita ao particular o exercício amplo de sua vontade para atender seus interesses. É o que ocorre com o casamento, adoção, testamento, entre outros em que há obrigatoriedade de seguir a disposição legal, sob pena de invalidade ou inexistência do negócio jurídico. A intervenção do Estado na autonomia privada ocorre em intensidades diversas, conforme se trata de contratos, família ou sucessões.⁴²

Na visão de Wilson Steinmetz, a tutela constitucional da autonomia privada pode ser deduzida do direito de propriedade, cujo exercício se concretiza e instrumentaliza por meio do contrato, logo, a autonomia privada é princípio fundamental do direito contratual. Além da Constituição da República Federativa do Brasil tutelar a propriedade, ela também tutela a autonomia privada, já que princípio fundamental do contrato e instrumento exigível para o exercício da propriedade.⁴³

⁴⁰ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9 e 10.

⁴¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *Seminário Nacional de Dimensões, UNOESC*. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>> p. 131-142. Acesso em 18 ago. 2018, p. 133 e 134.

⁴² FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 61.

⁴³ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p. 28

Verifica-se, portanto que, nas relações patrimoniais, a autonomia privada estaria abandonada para dar vez à função social do contrato e da propriedade⁴⁴. Há, porém, quem entenda de maneira oposta: que a autonomia privada é justamente a esfera limitada, em que a lei impõe óbices às escolhas individuais. Portanto, as conclusões a respeito desse suposto abandono são divergentes, já que de acordo com a distinção autonomia privada *versus* autonomia de vontade, o abandono a que os autores se referem seria da autonomia de vontade, para adequar-se ao ordenamento jurídico e às limitações legais, conceito da autonomia privada.

Segundo Rolf Madaleno⁴⁵, essa autonomia privada foi expandida no direito privado diante de sua reforma, vez que antes presente apenas no direito contratual:

Com relação ao campo de aplicação, verifica-se que de um rol limitado de situações sociais, como a propriedade e o contrato, a autonomia passou a ser princípio reitor de praticamente todas as possíveis formas de relações e situações humanas na sociedade contemporânea. Se por um lado o campo de aplicação da autonomia era limitado, por outro, a força jurídica da vontade se revelava ilimitada, uma vez que essa sofria poucas restrições, tendo em vista que a satisfação dos interesses individuais dos membros do corpo social significava necessariamente a realização do bem comum.⁴⁶

Tais contornos, deferidos à autonomia privada fizeram do negócio jurídico testamentário sua máxima expressão. Atualmente, trata-se de um dos instrumentos de planejamento sucessório⁴⁷, inclusive o mais conhecido e menos utilizado no Brasil.⁴⁸ Embora o Código Civil de 2002 não traga expressamente a definição de testamento – tão somente suas características no art. 1.857 e seguintes – na doutrina, o conceito de testamento assemelha-se à redação do Código Civil de 1916, qual seja, é negócio jurídico por meio do qual um sujeito de direito manifesta sua vontade que produzirá efeitos tão somente após o seu falecimento, em outras palavras: “negócio

⁴⁴ Entendimento de FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia de Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 10.

⁴⁶ Rüger, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.22.

⁴⁷ A presente tese não se ocupará dos casos de discriminação em todos os instrumentos de planejamento sucessório. Restringir-se-á ao negócio jurídico do testamento, por se tratar de instrumento por excelência da autonomia privada.

⁴⁸ COELHO, Camila Bottaro Sales; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano; SOBRAL, Luciane. Sociedade digital e as novas tendências do testamento: possibilidades e limites. *Revista de Direito Privado*. Vol. 106, ano 21, p. 263-283. São Paulo: Editora RT, out-dez./2020, p. 268.

jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos”⁴⁹.

Destaca-se a frase: “algo determina para efeitos jurídicos” que diz respeito à possibilidade de utilização do testamento para concretização de direitos extrapatrimoniais. Em se tratando de manifestação de última vontade, não há restrição de que nele constem apenas disposições acerca de bens materiais; exemplos clássicos de disposição testamentária extrapatrimonial é a possibilidade de constar no testamento reconhecimento de paternidade, o direito de pais nomearem tutores aos filhos, ou ainda, de forma geral, para mencionar as vontades do testador, nas mais variadas áreas da vida:

Tem-se, então, no testamento, uma maneira de os autores verem assegurado a prevalência de sua vontade, após a sua morte, não só em relação às questões de natureza patrimonial, como também àquelas de cunho extrapatrimonial, a fim de evitar consequências diversas de seus interesses, especialmente quanto ao zelo e divulgação das obras [no caso de direitos autorais].⁵⁰

“A expressão *testamento* tem origem nas palavras latinas *testari* e *mentum*, das quais derivou, nos textos do Imperador Justiniano, a expressão *testatio mentis*, significando a vontade ou a mente, em presença de testemunhas”⁵¹.

A presença de testemunhas é uma das formalidades essenciais para a realização deste negócio jurídico. Giselda Hironaka destaca, inclusive que a solenidade é uma característica muito própria do testamento⁵², ela acredita que tais solenidades tenham sido pensadas não apenas pelo legislador brasileiro “mas o de todos os tempos” para garantir a segurança do próprio instituto, que se enquadra na categoria de um negócio jurídico com eficácia *post mortem*.⁵³

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

⁵⁰ SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A sucessão dos direitos autorais: O testamento como instrumento para o exercício da autonomia privada. In MORBINI, Francieli K.; SOBRAL, Luciane (Org.) *As Interfaces dos Direitos Fundamentais: estado, democracia e direitos fundamentais*. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 212.

⁵¹ FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 383.

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso País é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 1, p. 417, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0413_0422.pdf. Acesso em: 15/11/2019.

⁵³ Idem.

O posicionamento crítico, em sintonia ao entendimento de Giselda Hironaka, sobre o excesso de formalidades testamentárias já foi objeto de estudo anterior:

A que tudo indica, a preocupação do legislador é de que a ausência de formalidades específicas, cheias de preciosismos e pré-determinadas pela lei prejudiquem a segurança do instituto. Por outro lado, o que se percebe é que tais exigências, na verdade, afastam possíveis interessados no instituto.⁵⁴

O caráter formal do testamento constitui uma garantia de respeito à vontade do testador e, conseqüentemente, sua liberdade de testar em sentido positivo. Para cumprir a finalidade do testamento, há a intervenção do notário que atua nos testamentos públicos como um técnico independente, cuja função (dentre várias outras) é assegurar a identidade e capacidade do testador, bem como que a expressão de última vontade seja feita livremente⁵⁵. Para Ossorio Morales, baseando-se em afirmações do Tribunal Supremo Espanhol, afirma que o notário é “o professor de jurisprudência das classes humildes, proletárias e o conselheiro prudente dos indivíduos e das famílias”.⁵⁶

De acordo com o Código Civil, constituem modalidades de testamento: testamento público, cerrado e particular (art. 1.862) e cada um deles segue regras minuciosas e necessárias justamente com o intuito de preservar o interesse do testador quando do seu falecimento.

Embora o testamento público seja mais recomendado, já que as formalidades são cumpridas diante de um tabelião, o testamento particular também é ferramenta possível de ser utilizada, e sua efetividade – desde que cumpridas as formalidades e requisitos legais – é idêntica ao testamento público. O testamento particular pode ser realizado de próprio punho ou mediante processo mecânico, desde que cumpridos os requisitos dispostos no art.1.876 do Código Civil⁵⁷, na presença de três testemunhas,

⁵⁴ SOBRAL, Luciane. Reflexões sobre a era digital e as formalidades testamentárias. In: PASSIG, Andressa; JAYME, Camila Soares Cavassin; PIRES, Joyce Finato (Orgs.). *Direitos fundamentais e novas tecnologias: estudos em homenagem ao Prof. Marco Berberi*. Curitiba: Íthala, 2023, p. 254.

⁵⁵ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 45.

⁵⁶ MORALES, Ossorio Juan *apud* GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 89.

⁵⁷ BRASIL, Código Civil, art. 1.876: “O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. §1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. §2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco,

que tenham ouvido a leitura do testamento e subscrito. O excesso de detalhes nos requisitos para sua validade faz com que seja um instrumento pouco utilizado; a assinatura das testemunhas sem a solenidade da leitura em voz alta pelo testador, por exemplo, é causa de nulidade. Diferente de legislações estrangeiras, em que os procedimentos são mais simples e, conseqüentemente, com maior índice de utilização⁵⁸.

Independentemente da modalidade de testamento escolhida, testar é um exercício de liberdade. “O testamento é o ápice da autonomia (privada), pois atinge o máximo da possível relevância”.⁵⁹ “É de tal ordem o alcance do princípio da autonomia da vontade, que é respeitado mesmo depois da morte. O testamento é a prova.”⁶⁰

Interessante reflexão sobre os efeitos *post mortem* do testamento e a obrigatoriedade de cumprir a vontade de quem faleceu:

O testamento, portanto, cria uma espécie de ficção: o testador, morto, exige o cumprimento de seus desejos. Ele deixa para os herdeiros as diretrizes do seu querer para que as cumpram fielmente. [...] A sucessão testamentária é uma *oportunidade* de se afastar a aplicação da lei, *escrever o destino* dos seus bens e impor outras situações existenciais.⁶¹

Mencionando o art. 1.666 do Código Civil de 1916 cuja redação foi mantida integralmente no art. 1.899 do Código Civil de 2002⁶², Orosimbo Nonato destaca: “Ainda aqui prevalece a regra suprema a que tôdas as demais, no partilhar, são ancilas: antes de tudo e acima de tudo, cate-se obediência à vontade do testador, dentro na lei.”⁶³

devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão”.

⁵⁸ VELOSO, Zeno. Do testamento particular. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 454-455;458-459.

⁵⁹ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: Liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 78.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Sucessões*. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 352.

⁶¹ TOLEDO, Maria Beatriz de. *Captação dolosa da vontade do testador*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 29.

⁶² CC 2002, Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

⁶³ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. III. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957, p. 265.

À essa obediência, também caracterizada como “o prestígio que deve ser dado à manifestação de vontade expressa no testamento”⁶⁴, dá-se o nome de princípio da vontade soberana do testador. Trata-se de “exacerbação do princípio da autonomia da vontade”, permitindo a “vontade individualista e, por vezes, egoísta do testador”.

Sobre isso, afirmou Zelo Veloso com a sapiência e ironia que lhe eram característicos:

Em alguns casos, a leitura da mensagem causa espanto, pelo rancor ou capricho que emana daquele instrumento, por estarem algumas disposições recheadas de mesquinaria, iniquidades. Noutros casos, o testamento retrata a sinceridade, a bondade, a transigência, a tolerância, o perdão. O testamento, enfim, exala paixão no que paixão tem de bom e de ruim. Um robusto tratado de psicologia pode dar menos informação e material a um estudioso do que um testamento.⁶⁵

Com o passar dos anos, a autonomia privada sofreu alterações e, atualmente é caracterizada por sua funcionalização, deixando de ser considerada um dogma e, passando a abarcar interesses do Estado Social. A esse novo conceito de autonomia privada, trabalhado anteriormente, Pietro Perlingieri prefere denominar autonomia negocial, com finalidade de atuar na realização de direitos subjetivos, mas também com deveres de solidariedade econômica, social e familiar⁶⁶.

Como se percebe, sua preocupação, ao tratar de sucessões está mais voltada às questões existenciais que patrimoniais. Ocorre que, como já mencionado, o testamento também pode abranger disposições de última vontade de natureza extrapatrimonial. Nesse sentido, entende pela necessidade de revisitar o direito sucessório para adequá-lo às normas constitucionais:

Para tanto, é necessário revisitar o sistema hereditário sob a ótica constitucional, agilizando seu conteúdo de modo decisivo; valorizar a autonomia negocial equilibrando-a com o dever de solidariedade; prestar mais atenção às necessidades da pessoa dentro da família e, por consequência, elaborar critérios mais flexíveis para identificação dos legitimários com relação à proximidade do grau de parentesco, em particular tendo em vista o estado de necessidade (a se entender *lato sensu* como a incapacidade de manter condições existenciais adequadas àquelas

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Princípio da vontade soberana do testador e o censurável “testamento magistral”. In *Consultor Jurídico*, 21/09/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-21/direito-civil-atual-principio-vontade-soberana-testador-censuravel-testamento-magistral/> Acesso em 09/09/2024.

⁶⁵ VELOSO, Zeno. “Testamento: o último desejo”. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.) *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 396.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345, 346.

desfrutadas durante a vida do de cujus), à duração e seriedade do vínculo afetivo, bem como qualquer conduta que, não integrando hipótese de indignidade, representem violações dos deveres mais elementares da solidariedade familiar e, portanto, constituir uma justa causa para a deserdação, ainda que se tratando da legítima.⁶⁷

Essas limitações legais, por sua vez, podem prejudicar o próprio exercício da autonomia, pois, na visão de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “quanto maior a ingerência do Estado na regulação das relações conjugais, mais significativos os indícios de uma inversão de valores”⁶⁸. Para o autor há necessidade de potencialização da autonomia da vontade, a fim de atender aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. O autor ainda alerta para a necessidade de cuidado para não reduzir a autonomia privada da família à visão puramente formal e contratualista; ao contrário, que seja uma “liberdade que se manifesta e se constrói no viver”.⁶⁹

É o que se pretende aprofundar no próximo tópico, destacando a funcionalização do testamento, tendo em vista os interesses dos sucessores.

2.1.2 Os Interesses dos Sucessores e a Função Promocional do Testamento

Embora ninguém seja obrigado a acumular, durante a vida, patrimônio para garantir herança aos seus sucessores, uma vez que o *de cujus* deixa patrimônio, surge aos sucessores o direito fundamental à herança⁷⁰, ou seja, não se trata de mera expectativa de receber a herança, pois a lei garante a sucessão hereditária, ou seja, prevê em regra diante do falecimento de um familiar, haverá transmissão do patrimônio aos seus herdeiros, que (novamente em regra) correspondem aos familiares mais próximos.

Quando o titular do patrimônio resolve se utilizar do testamento, como instrumento de planejamento sucessório, para destinar seus bens a herdeiros legítimos ou legatários, respeitando os limites da liberdade testamentária, em regra,

⁶⁷PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio *apud* ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O Direito de Herança e a Liberdade de Testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 79 e 80,

⁶⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 272.

⁶⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op cit.*, p. 318.

⁷⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (art. 5º, inciso XXX).

possui liberdade para realizar as disposições que bem entender quanto à parte disponível.

Ao tratar da ponderação do direito de herança com outros direitos fundamentais, Mário Luiz Delgado defende que o direito dos herdeiros não se sobrepõe ao direito do autor da herança:

A proteção constitucional dos herdeiros não se sobrepõe a outras garantias constitucionais de igual hierarquia, como se dá com o direito de propriedade do autor da herança, inexistindo supremacia axiológica dos direitos dos herdeiros sobre os do *de cuius*. O processo interpretativo em matéria de Direito das Sucessões não pode considerar a proteção da legítima uma barreira intransponível quando chamado a resolver eventual conflito entre a prerrogativa de livre disposição do patrimônio pelo titular e o direito de herança dos sucessores, cabendo, justamente aí, ponderar as situações jurídicas em confronto, de forma que a solução encontrada se amolde à tábua de valores constitucionais.⁷¹

Contrariando uma visão libertária mais individualista, alguns autores do Direito das Famílias têm se debruçado ao estudo da solidariedade familiar, Ana Luiza Maia Nevares inova ao aplicar essa temática no Direito das Sucessões e, além de defender a importância do direito à herança aos sucessores, ao contrário de Mário Luiz Delgado, sustenta a prevalência do princípio da solidariedade familiar em detrimento da liberdade de testar, utilizando-se como argumento a função social da propriedade:

É preciso verificar se a neutralidade imposta pelo tratamento unitário conferido aos bens integrantes da herança atende à lógica solidarista prevista na Constituição da República Federativa do Brasil. Isto porque a Constituição tutela a propriedade enquanto esta atende a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II e III).⁷²

A preocupação quanto à “neutralidade de tratamento entre os herdeiros”, diz respeito à forma abstrata e geral que a legislação sucessória prevê a divisão do patrimônio entre os sucessores, sem averiguar a necessidade de um em relação a outro.⁷³ Inclusive, a necessidade é outro atributo analisado pela autora à luz da ponderação de interesses do testador e dos sucessores.⁷⁴ A função social da

⁷¹ DELGADO, Mário Luiz. *O Direito Fundamental de Herança sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 13.

⁷² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 208.

propriedade possui valores patrimoniais e extrapatrimoniais, voltando-se à dignidade, à igualdade e a outros princípios constitucionais relevantes.⁷⁵

Neste contexto, Ana Luiza Nevares propõe a “função promocional do testamento” como forma de permitir a ponderação de interesses, levando em consideração a necessidade do sucessor e a função social da propriedade herdada.

Defende ainda o princípio da comodidade que prevê a distribuição dos bens de forma “cômoda”, ou seja, que o herdeiro fazendeiro herde a fazenda, enquanto que o herdeiro dentista deve receber o consultório e o cônjuge meeiro, com pouca ou nenhuma experiência laboral, deve receber bens de fácil administração⁷⁶, atendendo, portanto, aos interesses dos sucessores.

A necessidade é atributo presente nas relações entre particulares regulamentadas pelo Direito Civil e, conseqüentemente, atender a necessidade de uns implica sacrificar interesses de outros, como é o caso do direito de alimentos, impenhorabilidade do bem de família, direito real de habitação etc.⁷⁷

Na ponderação entre a autonomia privada do testador e o interesse dos herdeiros facultativos, a autora destaca a prevalência da solidariedade como meio de assegurar a dignidade da pessoa humana⁷⁸:

[...] na ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para a concretização de sua dignidade, a tendência é prevalecer a solidariedade e não a liberdade, já que será a solidariedade, realizada pela restrição da autonomia privada do testador, que garantirá na maioria dos casos a dignidade da pessoa humana [...]⁷⁹

Raquel Valesi, que defende a utilização do registro civil como meio de efetivar o acesso à legítima, define a função social da herança:

Há, portanto, uma função social da herança que, em dúvida, é de assegurar o bem maior (felicidade e prosperidade dos membros da família), a estabilidade à propriedade privada, sua continuidade na pessoa dos herdeiros necessários que farão fruição daquele patrimônio e, porque não, na projeção, na extensão, na ampliação desse patrimônio; daí por que identificar os descendentes no assento registrário, anotando-se no livro de nascimento

⁷⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 68.

⁷⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 209.

⁷⁸ O tema dignidade humana será aprofundado no tópico 4.1.1.

⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op cit.*, p. 213.

e, ulteriormente, no livro de óbito dos pais, estar-se-ia garantindo o acesso aos [sic] esses bens e à igualdade, prosperidade de seus membros⁸⁰.

Percebe-se, portanto, o aporte teórico baseado na restrição da autonomia privada para dar lugar ao princípio da dignidade humana, ou seja, para a autora, o duelo entre a liberdade do testador e a dignidade humana dos sucessores só é cogitado se a liberdade puder trazer prejuízos à dignidade da família, como no exemplo de o testador deixar os herdeiros passando necessidades financeiras, ao subverter o destino do patrimônio, neste caso deve vencer a dignidade da pessoa humana, ainda que implique na restrição de liberdades; agora se nesse duelo a dignidade da pessoa humana não fizer parte, não há o que se falar em restrição da liberdade de testar⁸¹.

Atrelado à dignidade há outros princípios que, em conjunto proporcionam sua efetivação, tais como a igualdade e solidariedade:

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.⁸²

O princípio da solidariedade social surgiu com a Constituição da República e modificou a perspectiva individualista prevista no Código Civil de 1916. Essa previsão constitucional transformou “o âmago da própria lógica do Direito Civil”. Ainda que a igualdade garantida tenha sido apenas formal, inegável que, para a época, fora um relevante avanço.⁸³

O enfrentamento das desigualdades sociais foi o objetivo principal do legislador constituinte e os princípios da dignidade humana e solidariedade social corroboraram para tal enfrentamento:

⁸⁰ VALESÍ, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 196.

⁸¹ Sobre dignidade humana aprofundar-se-á no tópico 4.1.1.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 117.

⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 93

Por seu turno, o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – artigo 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social.⁸⁴

É inegável que o princípio da solidariedade possui relação direta com o direito fundamental à herança, especialmente diante do entendimento de que “a solidariedade não é somente um direito, mas também um dever.”⁸⁵ Ana Luiza Maia Nevares, neste sentido, destaca a impossibilidade de o testador violar esse direito-dever:

[...] diante de disposições testamentárias de natureza patrimonial, prevalecem, em regra, os interesses dignos de tutela dos sucessores, ou seja, dos destinatários do programa sucessório, não podendo o testador violar o dever de solidariedade, imposto quanto ao exercício da autonomia privada.

A função promocional do testamento, sugerida pela autora em análise, possibilita um olhar para a essencialidade do bem e interesse do sucessor, de modo a garantir que o destino desse bem não contrarie a função social:

Assim, quando um bem integrante do acervo hereditário serve ao herdeiro como sua moradia ou como local de instrumento para o exercício de sua profissão, sendo-lhe, portanto, essencial e necessário para a concretização de sua dignidade, deverá ser atribuído *in natura* ao aludido sucessor, estando, em regra, subtraído de outros destinos que lhe poderiam ser conferidos pela autonomia privada testamentária. O mesmo se diga quando o sucessor não utilizava o bem antes da abertura da sucessão, porém é aquele que reúne as qualidades para lhe dar a melhor destinação, por força de suas necessidades específicas e, ainda, por força de sua formação profissional.⁸⁶

Esse entendimento de valorização dos sucessores que ao mesmo tempo proporciona o melhor aproveitamento e distribuição da herança, possui fundamento também no direito à igualdade:

O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta é apenas uma das formas de igualdade, a primeira, porque a

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, apud NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 235.

⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 211.

mais básica, a que normalmente se denomina “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”. [...]. Adotou-se, então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada de igualdade de direitos. No entanto, evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial⁸⁷.

Embora a doutrina analisada se manifeste pela necessidade de ponderação de princípios, diverge quanto à prevalência da autonomia do testador, enquanto alguns entendem que o ideal é privilegiar o direito à propriedade e a liberdade do testador; outros entendem que os interesses dos sucessores devem ser garantidos, inclusive com vistas a promover o amparo que a função promocional do testamento prevê.

2.2 OS LIMITES DA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A autonomia familiar possui duas perspectivas, segundo Perlingieri: i) externamente, a perspectiva clássica em relação ao Estado, baseada em uma liberdade de uma comunidade e, ii) internamente, na família, cujos problemas são resolvidos de forma autônoma entre os seus membros.⁸⁸

Integram o rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845 do Código Civil: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Significa que, tendo o autor da herança um desses herdeiros, não poderá excluir referida classe por meio de testamento, os herdeiros necessários recebem a parte indisponível da herança, denominada legítima.

O princípio da intangibilidade da legítima representa a principal limitação à liberdade de testar. Referida restrição, embora questionada, não pode ser ignorada, a fim de não fraudar a lei ou constituir abuso de direito.⁸⁹

A legítima era diferente da que hoje existe em nosso ordenamento jurídico. Na sociedade grega e na Roma antiga, o direito sucessório iniciava com o nascimento dos filhos e não na morte dos ascendentes. Assim, quando nascia um filho, o *pater*

⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86 e 87.

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 283.

⁸⁹ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **Fraudes no Planejamento sucessório**. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 227.

familiae não tinha possibilidade de dispor do patrimônio, já que parte ficava separada ao filho; apenas em caso de deserdação⁹⁰ é que surgia essa possibilidade de disposição pelo pai da totalidade do patrimônio. A legítima passou a ter, inicialmente, fundamentos semelhantes à época das Ordenações Filipinas, ao permitir-se a realização de testamento desde que reservassem duas partes da herança aos descendentes ou ascendentes que vivos estivessem; apenas em caso de inexistência dessas classes de herdeiros surgia a possibilidade de disposição da totalidade dos bens⁹¹. A propriedade acabava assumindo função de perpetuar a personalidade para além da vida, já que o pai não poderia deserdar o filho (salvo em condições específicas), portanto a herança significa a continuação da vida⁹², seguindo os mesmos moldes da descendência⁹³.

No Brasil, a prevalência da sucessão legítima sobre a sucessão testamentária é recente, isto porque no período colonial e imperial, as pessoas tinham o costume de fazer testamentos, independentemente da quantidade de patrimônio, pois o testamento era bem-visto e realizado com o intuito de garantir a efetivação da vontade após a morte, tanto com relação ao patrimônio e a distribuição dele, quanto em relação ao funeral e à religiosidade.⁹⁴

Na vigência das Ordenações Filipinas a legítima e, por consequência, a restrição à liberdade de testar já estavam presentes no Brasil. Na época era denominada “terça”, pois correspondia a 2/3 do patrimônio do *de cuius* em favor tão somente dos filhos legítimos do autor da herança, caso não houvesse menção a ele no testamento e não houvesse declaração de deserdação. Em 1907, por meio do decreto 1.839 conhecido por Lei Feliciano Pena, o percentual correspondente a

⁹⁰ Nesta época, não havia requisitos para a deserdação, tratava-se de liberalidade do pai. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.205).

⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 492.

⁹² A noção de testamento como sensação de imortalidade abordada no tópico 2.1.1.

⁹³ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.5.

⁹⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121 e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 379, v. XXI.

legítima reduziu para 50% dos bens do autor da herança, valor mantido pelo Código Civil de 1916 e de 2002.⁹⁵

A liberdade de testar sofre limitações visto que, no ordenamento jurídico brasileiro há obrigatoriedade em reservar 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros necessários (se houverem).

Do mesmo teor é o princípio consagrado de limitação à liberdade de testar, pelo qual metade do acervo hereditário deve pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Nesse particular, o cuidado com a prole resultante do matrimônio apura-se a ponto de determinar importante alteração quantitativa da legítima. O Código não se satisfaz com a terça; exige que a reserva seja de metade.⁹⁶

Verifica-se, portanto, a vinculação da legítima com fundamento histórico de que o patrimônio deve ficar com os familiares mais próximos, ainda que não seja exatamente essa a vontade do *de cuius*. É nesse sentido de perpetuação da propriedade que há muita discussão a respeito da própria legítima no ordenamento jurídico brasileiro, há autores que questionam a manutenção deste instituto considerando até mesmo que a legítima pode estimular o ócio dos herdeiros de grandes fortunas, dentre outras ponderações como a análise da real função social da legítima.⁹⁷

Além disso, não se tem apenas um único modelo de família, padrão e detentor de direitos como havia no passado. Atualmente as famílias possuem variadas formações e, nem sempre o *de cuius* tem interesse que seus bens sofram as consequências da sucessão legítima, na forma em que a lei presume referida vontade. A regulamentação para esta característica reside no art. 226 da Constituição Federal, em que o Estado tem dever de proteger a família e, caso não fizesse poderia a família do autor da herança ficar desamparada após seu falecimento. Entende-se que referida

⁹⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro? In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 130.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

⁹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 498.

atitude estatal não se resume a mero dever moral, mas sob o princípio da solidariedade familiar é um dever que decorre da alteridade⁹⁸.

O fundamento histórico, acima demonstrado, justifica a eleição da legítima como a mais importante restrição à liberdade de testar pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, também demonstra uma tensão entre a liberdade de testar, como fruto da autonomia privada, e o direito à herança, derivado do princípio da solidariedade familiar e consolidado na intangibilidade da legítima⁹⁹. Esse é o tema do qual se ocupará as próximas páginas.

2.2.1 A Intangibilidade da Legítima: a proteção à família como limite à liberdade de testar

Diante da impossibilidade de interpretação absoluta dos direitos apresentados pela Constituição e do impedimento de nela conter restrição expressa de direitos, os limites imanentes surgiram como meio de contornar tais situações, isto porque os limites já estão contidos no próprio direito, internamente, e não há que se falar em restrição. Na realidade, não há um método específico para determinar os limites imanentes, a percepção está voltada à impressão desses limites para o senso comum.¹⁰⁰

As teorias dos limites imanentes refutam a existência do conflito normativo, e, uma vez inexistindo conflito, rejeitam também a utilização da ponderação¹⁰¹. Não há em referidas teorias menção a qualquer método capaz de esclarecer quais direitos são considerados dentro ou fora dos limites.¹⁰²

Destaca-se que, ao conceituar o testamento, Pontes de Miranda afirma que a liberdade do testador é exercida nos “limites da lei”, em referência à legítima¹⁰³. Essa expressão encontra significado nos requisitos de validade dos negócios jurídicos

⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46.

⁹⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58, 59, 51.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰² *Ibidem*, p. 69.

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

previstos no artigo 104, do Código Civil: agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito, possível e determinado. Eis que o testamento é por excelência uma modalidade de negócio jurídico unilateral, sendo estes os limites genéricos traçados por lei à liberdade de testar. Mas também encontra significado em referência à legítima, que expressa uma limitação mais específica e própria ao testamento. Deste modo, torna-se possível apontar a necessária licitude com que a autonomia privada deve operar em sede testamentária, pois “ilógico seria pensar que o sistema jurídico fechado permitiria um universo fora de seus quadrantes fundamentais.”¹⁰⁴

A legítima, em que pese não constar expressamente no texto constitucional, se faz presente nas menções ao direito à herança (artigo 5º, XXX, CR), à livre iniciativa (artigo 1º, IV, CR), à propriedade (artigo 5º, XXII, CR), à proteção à família (artigo 226, CR) e à solidariedade (artigo 3º, I, CR), ou seja, a liberdade de testar conta com limites imanentes no Código Civil – impostos ao testador e contidos internamente na mesma norma que concede referido direito.

A legítima, portanto, concretiza no Direito Sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I da Carta Magna, na medida em que preconiza uma distribuição compulsória de bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar diante da morte de um deles.¹⁰⁵

No art. 1.789 do Código Civil que dispõe “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”¹⁰⁶; portanto, a liberdade de testar é limitada pela reserva da legítima e, apenas na falta de herdeiros necessários, referida liberdade será plena.

[...] restringir¹⁰⁷ em parte a livre disposição testamentária do autor da herança – está em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, de garantia da propriedade privada e de livre iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, 5º, inciso XXII e 1º, inciso IV, da Constituição da República.¹⁰⁸

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

¹⁰⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

¹⁰⁶ BRASIL, Código Civil 2002.

¹⁰⁷ Como nesta pesquisa entende-se que a legítima assume função de limite imanente, prefere-se interpretar e substituir o termo “restringir” por “limitar”.

¹⁰⁸ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

O principal argumento que sustenta tal limitação baseia-se na garantia da proteção patrimonial aos parentes mais próximos do autor da herança¹⁰⁹. “A limitação à liberdade de testar do autor da herança salta aos olhos como intervenção estatal protetiva de vulneráveis”¹¹⁰.

Na perspectiva do Direito Comparado, verifica-se na Inglaterra, a chamada Provisão para a família e seus dependentes, prevista pelo Ato de 1975 prevê uma interferência da Corte para análise e fixação, quando necessário, de uma provisão financeira aos familiares (filhos – legítimos e os tratados como filhos – , dependentes, cônjuges, companheiros, ex cônjuges e ex companheiros – esses últimos desde que alheios a novos relacionamentos). A Corte analisa se esses necessitados foram beneficiados pelo testamento ou pela sucessão legítima e, em sendo negativo, analisa vários critérios para decidir pelo deferimento da provisão ou não, são eles: i) recursos e necessidades das partes (requerentes e autor da herança); ii) eventuais obrigações do falecido em relação ao requerente ou a outro beneficiário da herança; iii) tamanho e natureza da herança; iv) deficiências do requerente e de outros beneficiários da herança; v) questões relativas à conduta do requerente ou de outras pessoas que sejam consideradas relevantes. Também é assim na Irlanda do Norte, Nova Zelândia e Austrália.¹¹¹

Referida previsão legal, permite que a Corte limite a liberdade de testar, depois do falecimento do autor da herança, por entender que é o momento adequado de interferir na disposição dos bens, ou seja, após a abertura da sucessão verifica-se a forma de disposição dos bens feita de forma livre via testamento, pelo seu titular e, a Corte decide se interfere ou não no decidido pelo autor da herança.¹¹²

Nesses casos, verifica-se intervenção muito forte aos direitos fundamentais, especialmente na liberdade do testador, já que a Corte interfere diretamente nas disposições testamentárias e determina a divisão da herança aos familiares que ela

¹⁰⁹ Ainda sobre intangibilidade da legítima, vide tópico 4.2.

¹¹⁰ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Direito Civil Constitucional. A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 509-525, p. 516.

¹¹¹ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

¹¹² NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

entender que estão desamparados, reduzindo os beneficiados no testamento ou até mesmo decidindo pela ordem de sucessão legítima.

No Brasil, a legítima atua como limite imanente, por isso a limitação à liberdade do testador é anterior à abertura da sucessão, através da regra que impõe a necessidade de reserva de cinquenta por cento do patrimônio do sucedido aos herdeiros necessários.

Tal fato expressa o problema da intervenção estatal à autonomia privada. O que leva o Estado a intervir na autonomia dos particulares? A primeira destas razões pode ser designada pela constatação de desigualdade material entre as partes na esfera contratual, especialmente como ocorre no contrato de trabalho. Em tal caso, os juristas adeptos aos conceitos clássicos do liberalismo econômico poderiam utilizar a expressão “limites à autonomia privada” como sentidos diversos e até contrapostos, seja para designar situações em que se retira dos sujeitos privados a eficácia jurídica de sua vontade, ou até mesmo, para referir à impossibilidade de a parte aderente negociar as cláusulas de um contrato de adesão¹¹³.

Diversamente do que se passa na autonomia contratual, no direito sucessório não está em jogo a desigualdade entre as partes, tal como verificado no contrato de trabalho ou nos contratos de adesão. Mas uma autonomia que recebe uma intervenção que atua como uma delimitação transitória e excepcional, representada pela legítima. Deste modo, poder-se-ia caracterizá-la, do ponto de vista do particular, como um limite que atua em um momento prévio à própria autonomia¹¹⁴.

Trata-se, portanto, uma opção legislativa por meio da qual o Estado exerce certo paternalismo em relação ao patrimônio da sociedade, na justificativa de promover interesses e assegurar bem-estar dos indivíduos¹¹⁵. Outrossim, “a legítima é um modelo de gerenciamento estatal do patrimônio”¹¹⁶, da qual se vale o legislador atuando com a efetiva estratégia ao evidenciar a vontade presumida, já que a sucessão legítima assumiu regulamentação de possibilitar aos familiares mais

¹¹³ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 36 e 37.

¹¹⁴ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 36.

¹¹⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 33, 34.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.

próximos o recebimento da herança, familiares esses que certamente seriam beneficiados via testamento¹¹⁷.

Por tais razões, o instituto da legítima possui no Brasil

(...) ampla aceitação social. Ocorre que essa aceitação representa necessariamente uma limitação à vontade do indivíduo. Embora haja uma facilidade na transmissão por intermédio da vontade presumida, esta poderá não ter sido, a rigor, a vontade absoluta do *de cuius*.¹¹⁸

Além do Brasil, a França e a Bélgica também adotam a reserva da herança para os herdeiros necessários, a diferença é apenas quanto ao percentual da legítima e ao rol de herdeiros necessários. Já na Alemanha, a reserva é feita em relação a um direito de crédito e não especificamente a uma porção da herança, o que permite que o autor da herança disponha da integralidade do seu patrimônio através de testamento, e apenas se não houver previsão em testamento que beneficie o herdeiro necessário, esse terá direito de crédito.¹¹⁹

Percebe-se, portanto, que a existência da legítima não é característica apenas do sistema legal brasileiro, referida preocupação está presente no Direito Ocidental como um todo, mesmo nos países em que há ampla liberdade de testar. A reserva hereditária visa a proteção patrimonial aos parentes próximos do falecido quando há presunção de dependência e vínculos estreitos com o autor da herança e, portanto, propicia o fortalecimento da unidade familiar, situações que, na visão de Ana Luiza Navares estão em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, garantia da propriedade privada e livre iniciativa.¹²⁰

Além disso, entende-se que a legítima é um mecanismo de distribuição de recursos daquele que provia as necessidades da família (o autor da herança)¹²¹, recursos estes que, segundo Pietro Perlingieri, em que pese corresponderem a questões patrimoniais, quando instrumentos de uma vida digna, pautada no

¹¹⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.

desenvolvimento e na liberdade das pessoas, passam a ser considerados valores¹²². Daniele Teixeira, sobre a legítima, afirma:

A doutrina majoritária brasileira defende o instituto da legítima. Acredita-se que, por meio dele, consiga-se conciliar a liberdade testamentária e a assistência familiar, ambas sob a legalidade e a tutela constitucional.¹²³

Sobre a liberdade de testar limitada pela legítima, Washington de Barros Monteiro é favorável à referida limitação, por entender que a propriedade como elemento individual e a família como elemento social são elementos nos quais o direito hereditário se apoia. Entende ainda, que a ampla liberdade de testar daria margem ao indivíduo, na qualidade de testador, praticar atos de egoísmo e cegueira.¹²⁴

Há, no entanto, entendimentos contrários à manutenção da legítima, os quais defendem sua inutilidade ante a atual realidade biológica, social-econômica e jurídica da sociedade, que é caracterizada pela longevidade dos membros e pela existência de novas técnicas de proteção como seguridade social e contrato de seguro¹²⁵. Giselda Hironaka vai além, e argumenta que a manutenção da legítima na atualidade pode desestimular o trabalho e patrocinar o ócio improdutivo¹²⁶.

Ainda que sejam apresentadas críticas à legítima, sabe-se que somente a lei tem possibilidade de alterar a sua intangibilidade. Em existindo herdeiros necessários – sucessores do autor da herança, aos quais é reservada a legítima –, o autor da herança não possui qualquer ferramenta apta a retirar o privilégio desses herdeiros, salvo hipóteses específicas que autorizam a deserdação dos herdeiros¹²⁷.

A legítima possui variadas funções e, é objeto de críticas e elogios. Dentre os elogios destacados por Daniele Chaves Teixeira estão: a ampla aceitação social, a

¹²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32.

¹²³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94-95.

¹²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

¹²⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280.

¹²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 499.

¹²⁷ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 226.

garantia de patrimônio aos descendentes que corresponde a obrigação natural e é resultado da copropriedade familiar, a prevenção de possíveis abusos e injustiças, fomento da unidade familiar, solidariedade familiar, entre outros.¹²⁸

Com relação às críticas estão: a propriedade que se perpetua após a morte, o fracionamento do patrimônio, a transformação da família que hoje faz a legítima perder o sentido, a incoerência do dono do bem ter liberdade total para dispor dos bens em vida e sua restrição às transferências *mortis causa*, a complexidade das relações familiares atuais, a necessidade de verificação da real função da legítima nos dias atuais, entre outros.¹²⁹

Percebe-se, portanto, que a legítima é considerada limite imanente à autonomia testamentária e que, o fato dela ser intangível possui consequências positivas e negativas ao ordenamento jurídico, uma vez que apesar dela não permitir ampla liberdade de disposição do patrimônio que será objeto de sucessão, também evita possíveis fraudes e divisão desigual ou injusta do patrimônio.

Muito embora se reconheçam essas consequências, acredita-se que sua análise como limite imanente não responde, por si só, à problemática da dicotomia existente entre a liberdade de testar e o direito à herança dos sucessores, já que a imposição da legítima contraria o princípio da liberdade que, em vida, é permitido ao dono do patrimônio, uma vez que pode se desfazer da totalidade do patrimônio e extinguir qualquer herança a ser recebida por seus herdeiros. Sobre os limites e a liberdade do titular do patrimônio, Daniel Sarmiento afirma:

Cumpra apenas verificar como se dá esta vinculação e traçar seus limites, decorrentes da proteção à autonomia privada, para conjurar o perigo de, a pretexto de proteção dos direitos humanos, acabar-se asfixiando a liberdade pessoal.¹³⁰

Nesse sentido, a análise dos interesses dos sucessores constitui importante apuração para possibilitar sua comparação à liberdade do dono do patrimônio e futuro autor da herança.

¹²⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 101.

¹²⁹ Ibidem, p. 102.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. Apud TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 55.

Sobre a efetividade da liberdade de testar, aplica-se o raciocínio de Daniel Sarmiento:

[...] é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las.¹³¹

Considerando a intangibilidade da legítima, bem como a vedação à realização de pactos sucessórios ou ainda a elaboração de contratos tendo herança como objeto, verifica-se que, de certo modo, há a ausência de condições que permitam a efetivação do direito fundamental à liberdade e à propriedade (do titular do patrimônio e interessado na realização do planejamento sucessório).

Todavia, diante da funcionalização da autonomia privada, verifica-se que o exercício da liberdade individual não está presente tão somente na questão contratual, patrimonial, mas também pode ser exercida de diferentes formas que, não necessariamente são limitadas pela legítima.

Além disso, entende-se que a legítima é um mecanismo de distribuição de recursos daquele que provia as necessidades da família (o autor da herança)¹³², recursos estes que, segundo Pietro Perlingieri, em que pese corresponderem a questões patrimoniais, quando instrumentos de uma vida digna, pautada no desenvolvimento e na liberdade das pessoas, passam a ser considerados valores¹³³. Daniele Teixeira, sobre a legítima, afirma:

A doutrina majoritária brasileira defende o instituto da legítima. Acredita-se que, por meio dele, consiga-se conciliar a liberdade testamentária e a assistência familiar, ambas sob a legalidade e a tutela constitucional.¹³⁴

Sobre a liberdade de testar limitada pela legítima, Washington de Barros Monteiro é favorável à referida limitação, por entender que a propriedade como elemento individual e a família como elemento social são elementos nos quais o direito

¹³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 174 (versão digital, não paginado).

¹³² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32.

¹³⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94-95.

hereditário se apoia. Entende ainda, que a ampla liberdade de testar daria margem ao indivíduo, na qualidade de testador, de praticar atos de egoísmo e cegueira.¹³⁵

Ao mesmo tempo em que é definido como sinônimo de liberdade, o testamento também é entendido como um exercício de solidariedade:

Se o fundamento da faculdade de testar não se encontra, como pensava LEIBNITZ, na imortalidade da alma, responde à aspiração do homem de viver além da vida, à sua tendência de sobreviver, à sua solidariedade com o futuro.¹³⁶

Há, no entanto, entendimentos contrários à manutenção da legítima, os quais defendem sua inutilidade diante da atual realidade biológica, social-econômica e jurídica da sociedade, que é caracterizada pela longevidade dos membros e pela existência de novas técnicas de proteção como seguridade social e contrato de seguro¹³⁷.

Giselda Hironaka é uma das autoras que critica a legítima, afirma inclusive que não é necessária para a solidariedade familiar, entendendo que é a liberdade do titular do patrimônio que deve prevalecer:

Então, a preservação da legítima é um imperativo necessário à concretização da solidariedade familiar? Minha resposta, aprioristicamente, é negativa. E a decisão quanto ao endereçamento de seus bens para depois de sua morte seria uma decisão que deveria caber apenas ao autor da herança e mais ninguém.¹³⁸

Quanto aos argumentos que defendem que a figura da legítima tem fundamento na função social da propriedade e na continuidade do patrimônio familiar, Giselda Hironaka também entende incabíveis; isto porque a função social da propriedade é atingida com base na atividade socialmente relevante nela exercida e não de acordo com o seu titular. Da mesma forma, a autora não acredita que a propriedade destinada obrigatoriamente aos herdeiros necessários supra as

¹³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6, 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

¹³⁶ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. I. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957, p. 8.

¹³⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280.

¹³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 497.

condições necessárias para a sobrevivência desses; por fim, acredita na possibilidade de um sucessor testamentário fazer cumprir melhor a função social da propriedade se comparado a um herdeiro necessário, argumento que utiliza para cogitar certa inversão da lógica da função social da propriedade argumentada na figura da legítima.

Giselda Hironaka entende ainda que, não há obrigação de uma pessoa sustentar seus parentes, ainda mais após a morte, com exceção daqueles credores de prestação alimentícia: menores, jovens em formação universitária, idosos, enfermos, carentes etc.¹³⁹

A autora ainda vai além, e argumenta que a manutenção da legítima na atualidade pode desestimular o trabalho e patrocinar o ócio improdutivo¹⁴⁰. E complementa:

Hoje, em tempos de individualização do patrimônio de cada pessoa, os motivos que outrora justificaram a legítima não mais persistem no sistema, e, em grande medida, essa categoria jurídica foi mantida por mero hábito e tradição, o que não causa grande surpresa, pois o direito é, em geral, uma ciência tradicionalista e conservadora [...]¹⁴¹

Basicamente, os argumentos favoráveis à legítima dizem respeito à aceitação social, solidariedade familiar e proteção da família, com principal intuito de evitar injustiças ou abusos. Os contrários baseiam-se nos argumentos: i) da perpetuação do direito de propriedade após a morte; ii) desrespeito à autonomia privada do autor da herança; iii) possibilidade de proteção à família de outras formas; iv) transmissão de bens sem esforço; v) liberdade do patrimônio em vida e restrição para casos de falecimento do autor da herança; vi) necessidade de verificação da função da legítima na atualidade.¹⁴²

Independentemente das correntes favoráveis ou contrárias, a conservação do patrimônio dentro dos laços familiares é assegurada pela ordem de vocação hereditária presente no art. 1829 do Código Civil.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

¹³⁹ Ibidem, p. 498.

¹⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 499.

¹⁴¹ Ibidem, p. 495.

¹⁴² TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 101-102.

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.¹⁴³

Orlando Gomes destaca, entretanto, que a ordem de vocação hereditária disposta na lei civil apresenta contradição ao estreitar o conceito de família e ir de encontro ao fortalecimento dos familiares com laços de afeto “clã parental” e, por outro lado, alargar o conceito quando permite o direito à herança até os colaterais de sexto grau em caso de ausência de testamento.¹⁴⁴

Os valores da família mudaram, mas não necessariamente para pior [...] o matrimônio se apoia sobre o princípio da igualdade entre os cônjuges, não mais sobre a autoridade do homem; novas leis sustentam a igualdade entre os filhos, como também a evolução do conceito de família, baseiam-se hoje em dia, na afetividade e na solidariedade social. A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.¹⁴⁵

Ana Luiza Maia Nevares concentra-se na importância de permitir o direito à herança aos sucessores, destacando a importância e prevalência do princípio da solidariedade familiar em detrimento da liberdade de testar e, levando em consideração ainda, a função social da propriedade:

É preciso verificar se a neutralidade imposta pelo tratamento unitário conferido aos bens integrantes da herança atende à lógica solidarista prevista na Constituição da República Federativa do Brasil. Isto porque a Constituição tutela a propriedade enquanto esta atende a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II e III) ...¹⁴⁶

São várias as discussões sobre a autonomia privada no âmbito do direito sucessório e a imposição pelo direito civil brasileiro de limites a essa autonomia, chamada "reserva da legítima", sob o argumento de proteção familiar já que preserva

¹⁴³ BRASIL, Código Civil 2002.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

¹⁴⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 45-46.

¹⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

o patrimônio do falecido entre seus familiares. Essa proteção hoje deve ser entendida à luz dos princípios de solidariedade e valorização da pessoa humana como parte de uma unidade familiar. Isso está em harmonia com os valores da Constituição de 1988, pautados na dignidade humana, solidariedade, diversidade de configurações familiares e proteção de crianças, adolescentes e idosos.¹⁴⁷

A neutralidade de tratamento entre os herdeiros causa preocupação na doutrina, ou seja, a forma abstrata e geral que a legislação sucessória prevê a divisão do patrimônio entre os sucessores sem averiguar a necessidade de um em relação a outro. Preocupa-se, ainda, com a função social da propriedade, a qual possui valores patrimoniais e extrapatrimoniais, volta-se à dignidade, à igualdade e a outros princípios constitucionais, para concluir que o destino dado à propriedade recebida por meio de herança interessa ao ordenamento jurídico.¹⁴⁸

Ana Luiza Nevares faz importante correção técnica em relação aos bens que correspondem à legítima e o verbo utilizado para se referir à transmissão desses bens ao herdeiro: “a legítima não é *deixada* ao filho, uma vez que pertence a ele de pleno direito”.¹⁴⁹ Referido pertencimento, de plano, tem seu fundamento no princípio da *saisine*.

A transmissão da herança ocorre de forma imediata e o princípio da unidade da sucessão define a universalidade da herança, ou seja, compreende o patrimônio como uma unidade, um todo único¹⁵⁰. Entretanto, devido aos atuais modelos de bens que compõem o patrimônio, nem sempre o princípio da *saisine* será aplicado na prática, uma vez que existem bens que dependem de autorizações de terceiros, como é o caso de valores em contas bancárias, perfis em redes sociais etc.

Portanto, ainda que as regras de transmissão hereditárias se mantenham baseadas em um modelo de família ultrapassado e, com objetivo de manter o patrimônio entre a genealogia familiar, não se pode ignorar a necessidade de se adaptar às novas condições sociais, nem mesmo a observância a princípios

¹⁴⁷ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 68 e 69.

¹⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 68.

¹⁴⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O testamento e sua instrumentalidade no planejamento sucessório: limites e potencialidades. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo II*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 447-465, p. 464

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 53 a 55.

constitucionais, dentre eles a solidariedade familiar e a função social da propriedade¹⁵¹.

Em atenção a esse reclamo, o projeto de reforma do Código Civil, em trâmite no Congresso Nacional, mantém a reserva da legítima sobre a metade dos bens da herança. Mas inova, ao estabelecer que o testador pode destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes. Torna-se, assim, possível que o testador reduza uma quarta parte da legítima, que se estabelece em favor dos herdeiros necessários, a favor do herdeiro que considere vulnerável ou hipossuficiente. Por se considerar este último como um conceito indeterminado, referida disposição sofre crítica da doutrina, que prevê a possibilidade de discussão nos tribunais acerca da abrangência e indefinição do conceito de vulnerabilidade e hipossuficiência¹⁵².

Na reforma, foi afastada a necessidade de indicação de justa causa para o testador estabelecer as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, o que fortalece a liberdade testamentária e relativiza a intangibilidade da legítima.

Sem prejuízo do direito real de habitação, tornou-se possível instituir usufruto sobre certos bens da herança para garantir a subsistência do cônjuge ou convivente sobrevivente que comprove a insuficiência de recursos ou de patrimônio. Entretanto, esse direito cessa a partir do momento em que usufrutuário tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua subsistência, caso constitua nova família. Deste modo, para que o cônjuge ou companheiro tenha o direito de sobreviver impõe-se lhe o celibato, em manutenção a um claro dever de fidelidade ao falecido. Tais disposições já sofrem a crítica de alguns doutrinadores, por entenderem que afrontam garantias constitucionais, qual sejam o direito constitucional à felicidade¹⁵³.

As causas de deserdação, embora permaneçam sob a égide de um rol taxativo, foram ampliadas pelo projeto de reforma do Código Civil. Os artigos 1.961 a 1.965 autorizam a ofensa à integridade física ou psicológica, o desamparo material e

¹⁵¹ “A transmissão das obrigações *causa mortis* tem um fundamento social e um fundamento jurídico que o reflete. O primeiro é que a solidariedade humana não se pode reduzir unicamente ao espaço, mas tem necessariamente que abranger o tempo”. (NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. Vol. I. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957, p. 17)

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso 16/09/2024.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso 16/09/2024.

abandono afetivo voluntário e injustificado do ascendente pelo descendente. Trata-se de um fortalecimento ao exercício da liberdade do testador, uma vez que amplia o rol de causas que permitem-lhe afastar um herdeiro necessário da sucessão da herança. Entretanto, o exercício dessa liberdade restará permeada pelo poder do juiz que poderá reconhecer como justificável ou não a motivação que lhe for apresentada¹⁵⁴.

Portanto, mesmo diante de várias discussões doutrinárias, os juristas nomeados para promover as sugestões de alteração do Código Civil mantiveram sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, com suaves modificações e ressalvas, quais sejam: retirando o cônjuge e o companheiro do rol de herdeiros necessários, ou seja, retirando desses o direito à legítima e possibilitando ao titular do patrimônio destinar – via testamento – até um quarto da legítima a herdeiros vulneráveis ou hipossuficientes. Neste sentido, a manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro faz prevalecer a proteção à família e a solidariedade familiar em detrimento da liberdade do testador.

2.2.2 Liberdade Testamentária e Vulnerabilidades

Pietro Perlingieri conceitua autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”¹⁵⁵. Referido conceito abrange a proteção e espaço da liberdade individual e reconhece o poder ao privado, atribuído pelo ordenamento jurídico.

No entanto, referido autor entende que o termo mais correto para abranger negócios de natureza patrimonial e extrapatrimonial seria “autonomia negocial”, pois em sua visão, referida locução abrange tanto interesses de direito público quanto de direito privado e adequa-se melhor à dinâmica atual das relações jurídicas, abrangendo todos os sujeitos jurídicos¹⁵⁶.

Considerando que as escolhas relativas ao ambiente familiar e sucessório são, em sua maioria, patrimoniais e extrapatrimoniais e envolvem manifestação de liberdade tanto do indivíduo (privado) quanto do Estado (público), percebe-se possível

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso 16/09/2024.

¹⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 336, 338.

a aplicação do entendimento do autor, para se utilizar o conceito de autonomia negocial.

No sistema espanhol, há discussões acerca da autonomia exercida na realização de contratos e por ocasião do direito sucessório. Teodora García, destaca que há dois posicionamentos doutrinários a respeito: há quem considere que a autonomia existente na liberdade de testar é a mesma existente na liberdade de contratar e, portanto, o testamento é o reflexo da autonomia de vontade do testador que, dentro da lei, definirá o destino de seus bens; e há os que entendem que autonomia privada e liberdade de testar diferenciam-se entre si, por dois motivos: i) o testador dispõe para depois de sua morte, o que retira o conceito geral de autonomia privada, apesar dele agir com autonomia moral; ii) a liberdade de testar só é reconhecida a pessoas físicas, enquanto a autonomia contratual é exercida mediante contrato a várias entidades com diferentes personalidades jurídicas¹⁵⁷. A autora, por sua vez, alia-se à segunda corrente, entendendo que autonomia privada tanto no sentido de liberdade contratual quanto no de liberdade de testar são reconhecidas dentro de alguns limites:

Por nuestra parte reconocemos que tanto la autonomía privada en sentido propio (libertad contractual) como la libertad de testar son ejercidas por medio de actos jurídicos y ambas han de ser reconocidas dentro de unos límites. [...] ni su concreta configuración, ni la de sus límites pueden medirse con idénticos parámetros. Cabe señalar, por ejemplo, que mientras el Código civil español recoge expresamente la regla de la autonomía privada en el artículo 1255 CC, no hace otro tanto con la referente a la libertad de testar, o al menos no lo hace con idéntica contundencia, aunque haya reflejos de ella en preceptos como los artículos 763 y 667 CC o en otros semejantes [...]. También es oportuno recordar que en el sistema del Código civil español el testamento es un acto unilateral, de suerte que la sola voluntad de su autor origina los efectos de lacto, mientras que el contrato exige el acuerdo de voluntades. Además, como ya se ha anticipado, al disponer para después de su muerte el testador no se da norma a sí mismo, aunque sí actúa según sus propias normas y tomando en cuenta sus criterios personales, sus valores y sus principios.¹⁵⁸

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, vem se entendendo pela necessidade de valorização da autonomia negocial equilibrada ao princípio da solidariedade:

¹⁵⁷ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p.24-26.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 27-29.

Vale ressaltar que se deve ponderar direitos de liberdade e dever de solidariedade, para que a família e seus componentes singularmente considerados não sejam deixados à margem de uma consideração atenta aos perfis econômicos. Para tanto, é necessário revisitar o sistema hereditário em viés constitucional, desmembrando os conteúdos de modo decidido a valorizar a autonomia negocial, equilibrada com o dever da solidariedade.¹⁵⁹

Portanto, a autonomia negocial está presente no planejamento sucessório independentemente das questões que o exercício da liberdade vise atender: sejam questões patrimoniais ou extrapatrimoniais visto que, presente a liberdade do indivíduo (privado) e atendidos os requisitos impostos pelo Estado (público). O que se discute é o efetivo exercício dessa autonomia privada, de forma equilibrada a fim de exercício da liberdade testamentária não atente contra os direitos fundamentais. Trata-se, por ora, de considerar tanto a pessoa do sucessor quanto a pessoa do sucedido, revelando uma sobreposição de vulnerabilidades.

Quando o direito sucessório trata de vulnerabilidade, na maioria das vezes o faz na perspectiva do herdeiro. Já em 2019 havia projeto de lei prevendo alterar o Código Civil, inspirado no Código Argentino, para possibilitar um direito sucessório mais atento e cuidadoso aos herdeiros vulneráveis. A inspiração (Código Argentino) assim prevê:

Artículo 2448: Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.¹⁶⁰

O projeto de lei 3799/2019 de iniciativa da Senadora Soraya propõe alteração na redação do art. 1.846 do Código Civil para possibilitar que o testador destine um quarto da legítima aos herdeiros com vulnerabilidade:

Art. 1.846 [...]

¹⁵⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 60.

¹⁶⁰ ARGENTINA, Código. Disponível em https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf Acesso em 05/10/2024.

§ 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade.

§ 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (NR)

Na redação do parágrafo 2º, a vulnerabilidade é conceituada como “impedimento de longo prazo ou permanente de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, de modo a relacionar o conceito de vulnerabilidade a deficiências.

Redação semelhante foi adotada pelos juristas que elaboraram o projeto de alteração do Código Civil: “Art. 1.846. [...] Parágrafo único. O testador, se quiser, poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes”¹⁶¹.

Quanto à abrangência do termo vulnerabilidade, este passou por transformações, inicialmente era sinônimo de fragilidade, ligado às ciências da saúde¹⁶², com o passar do tempo se afastou do conceito original para também corresponder à noção de “desequilíbrio nas relações jurídicas”¹⁶³, isto porque, o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, passou a caracterizar como vulnerável todo e qualquer consumidor, mas “a vulnerabilidade que acomete todo e qualquer consumidor não é necessariamente o mesmo conceito ao qual se referiam originalmente [...] conseqüentemente, não atrai a incidência das mesmas normas ao plano do direito”¹⁶⁴ Denomina-se vulnerabilidade patrimonial a estabelecida na lei consumerista. Há, ainda, a vulnerabilidade existencial, que visa proteger titulares mais propensos a danos na esfera extrapatrimonial, como é o caso de crianças, idosos e

¹⁶¹ BRASIL, STJ, Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/> Acesso em 22/09/2024.

¹⁶² KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. P.19-29 In BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas*. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 20.

¹⁶³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O Direito de Herança e a Liberdade de Testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 70.

¹⁶⁴ KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. P.19-29 In BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas*. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 20.

peças com deficiência, há necessidade de tutela jurídica diferenciada para satisfação da dignidade humana desses.¹⁶⁵

Em virtude dessa vulnerabilidade existencial, mesmo antes de qualquer alteração no Código Civil a respeito¹⁶⁶, o testamento é o instrumento sugerido para promover a distribuição de bens na forma que o testador entender justa:

[...] nas famílias em que os pais deixam de exercer a autonomia privada para amoldar os efeitos jurídicos *causa mortis*, há o risco de gerar frustração aos envolvidos, pois a regra prevista na lei pode não ser exatamente justa ou adequada para aquela determinada realidade.¹⁶⁷

Ao tratar de dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes destaca a importância de tutelar a vulnerabilidade, priorizando grupos frágeis que merecem atenção especial do legislador:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores (sic) de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.¹⁶⁸

A tutela da vulnerabilidade dos sucessores em disposições, como as mencionadas, demonstra uma mitigação da intangibilidade da legítima no direito sucessório. Em favor dessa ideia, as possibilidades de tutela das vulnerabilidades podem ser ampliadas.

Diante da colisão entre princípios constitucionais que restringem a liberdade de testar e o direito à herança, Ana Luiza Maia Nevares propõe cinco diretrizes¹⁶⁹ para

¹⁶⁵ KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. P.19-29 In BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas*. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 23.

¹⁶⁶ Refere-se à alteração mencionada anteriormente, que possibilita a utilização de parte da legítima em favor dos vulneráveis.

¹⁶⁷ XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. Cláusulas testamentárias para proteção de herdeiros menores, p. 319-338 In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. *Direito das Sucessões: Problemas e Tendências*, Belo Horizonte: Editora Foco, 2022 p. 320.

¹⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 116.

¹⁶⁹ Referida previsão impede que o autor desampare os reais necessitados da herança, principal preocupação da Autora.

uma flexibilização da reserva hereditária: i) prioridade na legítima aos vulneráveis, correspondendo aos filhos dependentes (até 23 anos de idade ou até 25 anos se cursando ensino superior), idosos e deficientes, aos quais seriam herdeiros necessários com direito a uma reserva rígida correspondente a determinada porção da herança; ii) os demais herdeiros necessários (cônjuge, companheiro, filhos maiores e ascendentes) teriam direito a herança conforme a ordem de vocação hereditária se não houver testamento, mas o testador possui direito de formalizar testamento retirando deles e repassando a outra pessoa a herança, sem qualquer limitação ou objeção; em caso desses herdeiros após o falecimento do autor da herança estarem desamparados, poderiam pleitear ao juiz cota hereditária até o limite que teriam direito na sucessão legítima, o juiz terá, por sua vez, critérios pré-determinados na lei para analisar o pleito, tais como a necessidade dos herdeiros, o patrimônio que compõe a herança e a conduta do requerente em relação aos cuidados para com o autor da herança; iii) possibilidade de conversão da herança em dinheiro, mediante alteração do art. 1848, §1º do Código Civil e possibilidade do testador se valer do art. 2.014 do Código Civil para determinar os bens, quinhões e valores em espécie a cada herdeiro, o que evitaria disputas e litígios dos herdeiros por determinado bem; iv) possibilidade do autor da herança utilizar-se do testamento para promover a deserdação seja por desamparo, falta de cumprimento dos deveres da solidariedade familiar ou abandono de genitor idoso; v) extensão do direito real de habitação aos filhos menores do falecido, pais idosos e dependentes, para permitir que os herdeiros exerçam referido direito em conjunto até haver condição de adquirirem outra moradia ou até realizar novo casamento ou união estável.¹⁷⁰

Apesar de forte preocupação doutrinária com a vulnerabilidade dos herdeiros, pouco se fala sobre o testador vulnerável. Talvez porque ainda há no ordenamento jurídico brasileiro resquícios do entendimento ultrapassado e errôneo de incapacidade ligada à pessoa com deficiência.

O Código Civil, em seu art. 1.860 estabelece que “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”. O termo discernimento era utilizado na redação original do Código Civil de 2002 para

¹⁷⁰ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

categorizar pessoas que não tinham discernimento (com ênfase na condição de enfermidade ou deficiência mental) como absolutamente incapazes¹⁷¹.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei 13.146/2015, alterou a redação original do Código Civil ao estabelecer como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, readequou tal dispositivo para o rol de relativamente incapazes, retirou a noção de discernimento, alterando-a para a constatação da possibilidade de exprimir vontade¹⁷². No entanto, o art. 1.860 do Código Civil permaneceu com a redação de discernimento atrelada à capacidade testamentária.

Edgard Fernando Barbosa e Rosalice Fidalgo Pinheiro questionaram a interpretação do “pleno discernimento” em referido dispositivo: “Esta contingência (pleno discernimento) impediria a subscrição de um testamento, tão só com a presença de uma vulnerabilidade de compreensão?”¹⁷³ Em seus estudos, reconhecem a existência de uma “sobreposição de vulnerabilidades testamentárias que conjuga a pessoa com deficiência e a pessoa idosa”¹⁷⁴. Os autores esclarecem que a falta de discernimento não é sinônimo de incapacidade absoluta e definitiva, mas pode ser temporário e/ou transitório e elegem a figura da tomada da decisão apoiada como instrumento eficaz e seguro para garantir o exercício do direito de testar à pessoa com deficiência¹⁷⁵.

Nessa perspectiva, a “função promocional do testamento” tem alcance no contexto das vulnerabilidades testamentárias. O discernimento para testar teria uma dimensão diversa daquele que se exige para prática de outros negócios jurídicos, já que não gera prejuízos ao seu autor, por se tratar de ato *causa mortis*¹⁷⁶.

De modo diverso, mas chegando à conclusão semelhante no direito espanhol, Teodora F. Torres García e María Paz García Rubio afirmam que a situação de fato que priva o sujeito da faculdade de testar é sinônimo de uma falta natural de

¹⁷¹ Redação disposta no inciso II do art. 3º da redação original do Código Civil de 2002:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

¹⁷² BRASIL, Código Civil. Art. 4º (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015): São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

¹⁷³ BARBOSA, Edgard Fernando; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Pessoa com Deficiência e a Tomada de Decisão Apoiada como Salvaguarda à Liberdade de Testar. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. V. 113 (mar./abr./2023), p. 37.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 40.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 40-42.

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. **Direito das Sucessões**. Fundamentos do Direito Civil, v. 7, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020, p. 127.

capacidade de querer e entender o alcance das suas disposições testamentárias e os motivos de fazê-las, o que pode afetar tanto a pessoa capaz como aquela que não o seja. Portanto, se não há uma sentença declarando a incapacidade, mas se duvida da integridade da vontade do testador, prevalece a presunção de capacidade¹⁷⁷.

Em ambos os casos, a vulnerabilidade não é causa de limitação da autonomia testamentária em favor de um herdeiro, mas de assegurar o exercício da liberdade de testar ao testador vulnerável. Portanto, a vulnerabilidade pode atuar em favor dos interesses dos sucessores, mitigando a intangibilidade da legítima, ou em favor do próprio testador. Eis que a liberdade de testar é um atributo exclusivo da pessoa humana, ao contrário da liberdade contratual que também pode ser reconhecida às pessoas jurídicas, neste sentido, sustenta María Garcia Paz Rúbio, ao referir-se à natureza personalíssima do testamento¹⁷⁸.

2.3 A INVISIBILIDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA DA DISCRIMINAÇÃO DOS SUCESSORES NO TESTAMENTO

Não há na doutrina brasileira efetiva preocupação sobre a discriminação dos sucessores no testamento, ao contrário, há uma defesa exacerbada da autonomia privada do testador, respaldada no direito à liberdade, em uma interpretação que coloca esse direito fundamental (liberdade) em posição hierárquica aos demais, estabelecendo uma espécie de “hipertrofia da autonomia da vontade”.¹⁷⁹

O tema da discriminação no Direito Privado ainda é tímido no Brasil, foi mais bem recepcionado e trabalhado no Direito do Trabalho que avançou a ponto de sumular entendimento sobre a vedação da discriminação do empregado pelo empregador¹⁸⁰; na seara do Direito contratual brasileiro, há alguns debates baseados em estudos europeus, mas especificamente no Direito das sucessões é quase um

¹⁷⁷ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 66-67.

¹⁷⁸ Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 5. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

¹⁷⁹ ROMAIN, Jean-Fraçois *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 219.

¹⁸⁰ BRASIL, TST, SÚMULA Nº 443. Disponível em https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html

tabu tratar de discriminação de herdeiros, basta verificar as inúmeras críticas feitas por vários juristas às poucas decisões judiciais que trataram do tema¹⁸¹.

Em resumo, considerando que a análise jurisprudencial se dará no tópico 4.3.2, destaca-se o caso em que o Tribunal, provocado a responder sobre disposição testamentária lavrada antes da Constituição da República, em que o testador utilizou o termo “filhos legítimos”¹⁸², decidiu por adotar interpretação de “filhos verdadeiros”, já que inconstitucional qualquer distinção entre os filhos, especialmente diante da irrelevância se nascidos ou não da relação conjugal. Em que pese existir pertinência, não houve na análise desse caso com a profundidade que o tema discriminação merece, limitando-se os julgadores a mencionarem que a época da lavratura do testamento a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos era permitida legalmente.

Outro caso semelhante ocorreu em julho de 2018, em Guaxupé/Minas Gerais, em que a avó deixou testamento contemplando com a parte disponível suas cinco netas, deixando duas de fora (da parte disponível), a demanda que discutia a respeito da discriminação das duas netas teve decisão judicial¹⁸³ determinando a interferência nas disposições testamentárias realizadas pela avó e acolhendo o pedido autoral de existência de discriminação em desfavor das duas netas não beneficiadas no testamento. Aqui sim, houve posicionamento claro do magistrado sobre disposição discriminatória, objeto de inúmeras críticas pela doutrina civilista.

José Fernando Simão, ao tecer severas críticas à decisão do magistrado, denominou o caso, ironicamente, de “testamento magistral”, entendendo que a postura do Magistrado foi equivocada ao intervir e subverter a vontade do testador e que ao impor a própria vontade, tornou-se o verdadeiro testador.¹⁸⁴ Além dele, outros

¹⁸¹ Apresentação dos casos julgados no tópico 4.3.

¹⁸² STJ. REsp 2013137-PR [1999/0009548-0], Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 01/02/2020.

¹⁸³ FURQUIM, Milton Biagioni. Juiz de Direito de Guaxupé, Minas Gerais, Autos nº 0058435-49, Sentença disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>> e <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial> Acesso em 01/02/2020.

¹⁸⁴ SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em duas partes: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte/> e <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/>.

autores também se posicionaram de maneira crítica à decisão proferida em Guaxupé, que será aprofundado no tópico 4.3.2.¹⁸⁵

Percebe-se, portanto, que a decisão de Guaxupé inquietou a doutrina civilista e, de certa forma serviu de provocação inicial para a temática sinalizada. No entanto, as manifestações dos autores se limitaram a tecer críticas ao posicionamento do juiz, permanecendo invisível o tema em sua essência, objeto desta tese: embora a doutrina majoritária proclame uma liberdade de testar absoluta, limitada tão somente pelos requisitos genéricos de validade dos negócios jurídicos e pela intangibilidade da legítima, há decisões brasileiras e estrangeiras que entendem pela necessária interferência no exercício desta liberdade, quando estão em jogo disposições testamentárias discriminatórias.

Ainda que possa soar como estranha ou até absurda a proposta de reexaminar a liberdade testamentária com interesse em limitar – para além da legítima, que já é muito criticada –, muitas vezes a desconstrução de conceitos prontos e noções fechadas é medida necessária. Nas palavras de Sartre:

“antes de ser concretizada, uma ideia tem uma estranha semelhança com a utopia. Seja como for, o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja”.¹⁸⁶

A ideia central que norteia a presente tese pode causar desconforto, principalmente se mal interpretada. Entretanto, acredita-se que pode ser o ponto de partida para promover a efetiva aproximação a um direito sucessório constitucionalizado. Não se pode tratar de discriminação no direito privado com a noção civilista fechada e codificada, é preciso analisar e ponderar os direitos fundamentais em jogo, especialmente diante da perspectiva comparada que permite compreender a discriminação no direito privado.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Princípio da vontade soberana do testador e o censurável “testamento magistral”. In *Consultor Jurídico*, 21/09/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-21/direito-civil-atual-principio-vontade-soberana-testador-censuravel-testamento-magistral/> Acesso em 09/09/2024.

¹⁸⁶ SARTRE *apud* SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. *Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ*, p. 13. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf

3 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO: DA EXPERIÊNCIA COMPARADA AO DIREITO SUCESSÓRIO

3.1 AUTONOMIA PRIVADA E DISCRIMINAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu art. 3º a vedação a qualquer tipo de discriminação como um dos objetivos fundamentais da República¹⁸⁷, seguido do objetivo relacionado à construção de sociedade livre, justa e solidária.

O princípio da autonomia privada não consta expressamente na Constituição da República, mas implicitamente quando versa sobre a tutela da pessoa e a sua liberdade.¹⁸⁸

A tensão entre autonomia privada e proibição de discriminação exige uma análise cuidadosa e ponderada de direitos fundamentais. De um lado, há o exercício da liberdade individual, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, e de outro, diversos direitos fundamentais que também merecem ser respeitados, dentre eles a igualdade.

Embora o direito privado seja tradicionalmente visto como um espaço de liberdade individual, ele não está imune à aplicação dos direitos fundamentais, sendo inclusive salutar a imposição de limites. “Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional”.¹⁸⁹

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe que particulares respeitem valores como a igualdade, mesmo em suas relações privadas. Assim, um testamento que contenha cláusulas discriminatórias, ou seja, que exclui herdeiros ou beneficiários com base em critérios injustificáveis, como raça, gênero, orientação sexual ou religião, pode ser considerado inválido, pois contraria os valores fundamentais da ordem jurídica.

¹⁸⁷ BRASIL, CRFB, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸⁸ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.75 a 77.

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 155.

No presente tópico pretende-se analisar a relação entre autonomia privada e igualdade, além de compreender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

3.1.1 Igualdade e Autonomia Privada

A adequada definição de autonomia privada¹⁹⁰ depende não apenas do ordenamento jurídico, mas também do momento histórico objeto de estudo¹⁹¹, isto porque ela sofreu consideráveis alterações a partir do Estado Democrático de Direito.

No Estado de Direito Liberal, entre o século XVIII e XIX, a autonomia privada exercia posição absoluta e praticamente ilimitada, evidenciando suas origens no rompimento do sistema feudal, quando se enfatizou a liberdade do homem e o modo capitalista de produção¹⁹², seu conceito era vinculado exclusivamente à iniciativa privada e entendia-se que a atividade dos indivíduos era expressão de liberdade¹⁹³, havia a mais ampla noção de liberdade vedando qualquer interferência estatal nas decisões e preferências individuais, dentre elas valores, crenças, religião, entre outras¹⁹⁴, provocando o que Jean-François Romain denominou de “hipertrofia da autonomia da vontade”¹⁹⁵.

Em outras palavras, a autonomia privada era vista como dogma e a igualdade formal era um dos argumentos justificadores dessa percepção¹⁹⁶, garantindo a autorregulamentação a cada indivíduo¹⁹⁷ e tendo como consequência a “eliminação dos mais fracos pelos mais fortes”¹⁹⁸.

¹⁹⁰ A autonomia privada aplicada ao testamento foi abordada no tópico 2.1.1.

¹⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹⁹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86 e 87.

¹⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339, 340.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 142, 143.

¹⁹⁵ ROMAIN, Jean-François *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p.85.

¹⁹⁶ Além da igualdade formal, o paralelismo das fontes era outro argumento da autonomia como dogma, este defendia a relação jurídica livre estabelecida entre as partes, instrumentalizada por contrato, impossível de extinção ou modificação sem a manifestação de vontade das próprias partes. (PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344 e 345).

¹⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344 e 345.

¹⁹⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p 87.

Com o passar dos anos, a autonomia privada sofreu alterações, deixou de ser considerada um dogma e, passou a abarcar interesses do Estado Social, no século XX, momento em que perde sua superioridade e a liberdade individual passa a ser limitada pelo Estado, na tentativa de responder às desigualdades provocadas pela igualdade formal¹⁹⁹.

Esse novo conceito de autonomia privada²⁰⁰ tem a finalidade de atuar na realização de direitos subjetivos, mas também com deveres de solidariedade econômica, social e familiar²⁰¹.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito – existente até hoje – a autonomia privada passa a ser caracterizada por sua funcionalização²⁰², consolidados os avanços do Estado Social e diante do surgimento dos direitos fundamentais, “a ‘hipertrofia da autonomia’ da vontade cede diante da ‘hipertrofia dos direitos fundamentais’”.²⁰³

A hipertrofia dos direitos fundamentais precisou frear exercícios desmedidos da autonomia privada, como o caso de creche que cancelou a matrícula de criança de três anos de idade diagnosticada com vírus do HIV mediante argumento de que não havia pessoal qualificado para atendê-la²⁰⁴, caso de evidente discriminação cuja decisão responsabilizou civilmente a instituição, condenando-a à reparação de danos morais em favor da criança.²⁰⁵

Pietro Perlingieri critica os argumentos justificadores da autonomia privada como dogma especialmente diante da igualdade formal e entende correto a atual legislação atender os interesses sociais e possibilitar que o Estado intervenha para privilegiar a parte mais vulnerável²⁰⁶.

¹⁹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

²⁰⁰ Pietro Perlingieri prefere denominar “autonomia negocial” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345, 346).

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345, 346.

²⁰² PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345, 346.

²⁰³ Expressão de QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 147-148; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 219.

²⁰⁴ TJRGS, Apelação Cível 70004064341. Re. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino j. 27/11/2022;

²⁰⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 93.

²⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344 e 345.

Percebe-se, neste sentido que a autonomia privada hoje é elemento essencial no ordenamento jurídico, sendo considerada inclusive como pressuposto da democracia, além de estar diretamente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana²⁰⁷.

Inúmeros são os casos no Estado Democrático de Direito de tensão provocada pelo princípio da igualdade aplicado nas relações entre particulares²⁰⁸, seja diante da limitação dada pela igualdade à autonomia privada ou envolvendo o tratamento igual e a autonomia privada²⁰⁹.

Princípio da igualdade “é um princípio objetivo que se projeta sobre todo o ordenamento jurídico”, corresponde a cláusula geral, com previsão expressa no art. 5º da Constituição da República, ou seja, trata-se de norma de direito fundamental que, além de conferir um direito subjetivo, vincula a todos os poderes públicos.²¹⁰

Percebe-se, portanto, a necessidade de intervenção estatal para adotar medidas que visem diminuir a desigualdade social, neste sentido George Marmelstein Lima afirma:

O pleno cumprimento da igualdade, por exemplo, não se restringe a um respeito estatal ao mandamento de não-discriminação (*dever de respeito*). É fundamental, do mesmo modo, que o estado desenvolva mecanismos para evitar que as pessoas pratiquem a discriminação, devendo ser criada uma estrutura jurídico-institucional de combate ao preconceito (*dever de proteção*) e adotadas medidas para reduzir as desigualdades sócio-econômicas existentes na sociedade, inclusive mediante a previsão de mecanismos de ação afirmativa (*dever de promoção da igualdade*). Assim, para que o ideal de igualdade seja plenamente alcançado, são necessárias, sem dúvida, intervenções legislativas e administrativas que proporcionem uma maior densificação do mandamento constitucional e, para isso, é preciso aprovar normas de combate ao racismo ou de favorecimento de grupos vulneráveis (ações afirmativas), entre outras medidas semelhantes.²¹¹

Nesse sentido, a identificação de desigualdade nas relações sociais coloca em voga outro movimento constitucional: da cooperação material no plano interno e legítima a imposição de limites constitucionalmente impostos, afinal “viver sob um

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 154,155.

²⁰⁸ Tema objeto no tópico 4.1.3.

²⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 230.

²¹⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232.

²¹¹ LIMA, George Marmelstein. A Eficácia Incompleta das Normas Constitucionais: Desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 174-192, jul./dez. 2016, p. 184.

Estado Constitucional é estar submetido a uma ordem constitucional substantiva, que elege valores e os protege”.²¹²

Essa proteção às desigualdades sociais também se apresenta através da proibição de discriminação que tem ligação direta à justiça distributiva²¹³ e muitas vezes é aplicada em conjunto ao princípio da igualdade, algumas delas visando a mesma interpretação, verifica-se segundo Emanuela Navarretta, uma projeção horizontal do princípio da igualdade:

Quando as disposições normativas preveem a igualdade de tratamento em conjunto com a proibição da discriminação, não se referem, na verdade, a um dever banal de aplicação de uma mesma condição contratual, na verdade especificam precisamente uma projeção horizontal do princípio da igualdade, apenas nos limites da sua adaptação ao contexto contratual e apenas dentro dos limites da proibição de discriminação²¹⁴ (tradução nossa)²¹⁵

Ingo Sarlet, por sua vez, esclarece que havendo conflito entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais há necessidade de ponderação, “buscando-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e concordância prática (Hesse), caracterizada, em última instância, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em questão, assim como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um”²¹⁶.

Marcos Augusto Maliska relaciona a igualdade e a autonomia privada da seguinte forma: se as partes estiverem em posição de igualdade para desenvolver a atividade analisada, os direitos fundamentais não incidirão, se houver desigualdade

²¹² MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba, Juruá, 2013, p. 76.

²¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 7, n. 22, p. 15–20, 2013. DOI: 10.30899/dfj.v7i22.279. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/279>, p. 17.

²¹⁴ NAVARRETTA, Emanuela. Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. *Revista de Derecho Privado*, nº 27, Julio-Diciembre de 2014, p. 147.

²¹⁵ Cuando las previsiones normativas disponen un trato igualitario en coordinación con la prohibición de discriminación, no se refieren en realidad a un banal deber de aplicación de una misma condición contractual, sino que concretan precisamente una proyección horizontal del principio de igualdad, pero solo en los límites de su adaptación al contexto contractual y solo en los límites de la prohibición de discriminación

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005, p. 254.

entre as partes, se a atividade depender de autorização estatal ou se tratar de matéria de ordem pública, aí os direitos fundamentais poderão ser invocados.²¹⁷

Há outros dois interessantes exemplos didáticos, trazidos pela doutrina, sobre a conexão da autonomia privada e igualdade: O primeiro, trazido por Daniel Sarmento questiona a razoabilidade da isonomia no tratamento de todos os vizinhos e o direito de gostar mais de uns que de outros, de modo que seria totalitária a ordem jurídica que obrigasse a convidar todos eles para frequentar a sua casa e não apenas os que tem afinidade²¹⁸. Outro exemplo é de Canotilho, trazido por Melina Fachin e Umberto Paulini, diz respeito ao objeto de estudo da presente pesquisa: um pai que usa a parte disponível da sua herança para favorecer apenas um dos filhos²¹⁹.

O rumo para a compreensão da relação entre a autonomia privada e a igualdade está no estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, do qual se as próximas páginas se ocuparão.

3.1.2 A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Interprivadas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou aos direitos fundamentais um “status jurídico diferenciado e reforçado”, em virtude de constituir “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”²²⁰, esse status jurídicos deriva de sua inclusão no rol das cláusulas pétreas²²¹, mas não são classificados apenas os direitos fundamentais expressamente previstos no catálogo (art. 5º da Constituição), Ingo Sarlet defende o “princípio da abertura material do catálogo”²²² que possibilita existirem direitos

²¹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 292.

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 302.

²¹⁹ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 211.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012, p. 53 [versão digital].

²²¹ Idem.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.79.

fundamentais “dispersos pela Constituição”.²²³

Há diferentes entendimentos na doutrina sobre o conceito de eficácia, costumeiramente se vincula “à noção de aplicabilidade das normas jurídicas²²⁴”. Há autores que classificam a eficácia social e a eficácia jurídica, estabelecendo a eficácia social como sinônimo de efetividade da norma; é o entendimento de José Afonso da Silva e a maioria da doutrina²²⁵ Virgílio Afonso da Silva defende posicionamento diferente sobre a noção de eficácia; para ele eficácia e aplicabilidade são conceitos diversos, diante da possibilidade de uma norma ser dotada de eficácia sem aplicabilidade²²⁶. Neste estudo, elege-se a noção de eficácia jurídica dos direitos fundamentais, adotada pela maioria dos constitucionalistas²²⁷.

Os direitos fundamentais surgiram com objetivo de limitar a intervenção estatal, ou seja, para produzir efeitos, inicialmente, nas relações indivíduo-Estado²²⁸, posteriormente se estenderam às relações entre particulares (indivíduo-indivíduo), a essa relação denominou-se eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, também chamada eficácia privada, eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros²²⁹.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu a partir de uma sociedade desigual em busca de equilíbrio, entre as ameaças a direitos fundamentais e a garantia do exercício da autonomia privada²³⁰, em outras palavras, a autonomia privada se apresentava como contraponto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²³¹

Várias são as teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, os autores que defendem a proteção dos direitos fundamentais

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 83.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005, p. 245.

²²⁵ Ibidem, p. 245.

²²⁶ Ibidem, p. 246.

²²⁷ Referindo-se à maioria. SARLET, Ingo. *Op. cit.*, p. 245.

²²⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 64.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.392.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 186.

²³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 143.

inclinam-se na defesa de uma eficácia mais ampla desses direitos entre os particulares, por sua vez, aqueles que atribuem peso maior à autonomia privada tendem a se filiar às teses que restringem (ou negam) a eficácia dos direitos fundamentais.²³²

A *Drittwirkung der Grundrechte*²³³ – como conhecida na Alemanha – surgiu em meados dos anos 50 e repercutiu em todos os países europeus, ganhando destaque na Espanha²³⁴. Antes de ser conhecida por este nome, a teoria, em sua origem, tratava-se de pano de fundo da *state action*,²³⁵ na Corte Americana.²³⁶

A *state action* assegurava aplicação de direitos fundamentais em casos de omissão do Poder Público, daí o nome, ou seja, tratava de relação indivíduo-Estado, negando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais²³⁷, posteriormente a *state action* se tornou *public function theory* com objetivo de ampliar a conotação pública de atividades privadas, situação que se revelou uma contradição, já que o ideal seria reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares. “O contra-senso deste posicionamento está em ampliar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal”.²³⁸

Juan María Bilbao Ubillos²³⁹ e Ingo Sarlet²⁴⁰. discordam do termo eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois entendem que a relação entre indivíduos

²³² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 186.

²³³ Tradução: Eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros.

²³⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 123-125.

²³⁵ Intervenção estatal com interesse em coibir atos discriminatórios/inconstitucionais. (SOMBRA, *Op. Cit.*, p. 193).

²³⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 124.

²³⁷ VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A state action doctrine norte-americana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/335023/a-state-action-doctrine-norte-americana-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil> Acesso em 11.10.2024.

²³⁸ SOMBRA, *Op. cit.*, p. 197.

²³⁹ “[...] la génesis y el desarrollo má fecundo de la teoría de la Drittwirkung haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales.” (UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. p. 167).

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005, p. 201.

nem sempre será na horizontal, considerando razões econômicas ou posição social, a relação entre dois particulares nem sempre será equiparada (pressuposto à igualdade), já que um pode ter maior poder social e, portanto, seria uma relação vertical, ou seja, possibilita a desigualdade entre particulares e não seria horizontal apenas pelo fato de os titulares serem particulares. Ubillos destaca ainda o começo e o considerável avanço da *Drittwirkung* nas relações de trabalho²⁴¹

Baseando-se em Pieroth/Schlink, Jorge Reis Novais ressalta que, ao analisar a posição de vantagem de particulares, o Estado possui obrigações que lhe são impostas pelas normas de direito fundamental e esses direitos têm âmbitos diferenciados de proteção, os quais são divididos em duas dimensões: objetiva e subjetiva.²⁴²

Na dimensão subjetiva “os direitos fundamentais permitem aos particulares possibilidades juridicamente reforçadas de acção, comportamento, pretensão ou competência que, em geral, se podem designar por *uso* ou *exercício* de direito fundamental.” Portanto, em caso de violação de direitos fundamentais o indivíduo pode exigir o cumprimento²⁴³, dada sua oponibilidade *erga omnes*, ou seja, com atuação no público e no privado.²⁴⁴

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como consequência o reconhecimento da eficácia irradiante, significa que os valores dos direitos fundamentais alcançam o ordenamento jurídico como um todo, exigindo que as demais leis, no momento de sua aplicação, sejam reanalisadas sob a ótica constitucional, especialmente em atendimento à dignidade humana, igualdade e justiça social.²⁴⁵ Na perspectiva objetiva não há “concessões estatais”, ainda que os direitos fundamentais privados tenham sua própria característica, eles não são classificados como menores ou inferiores aos direitos fundamentais públicos, nesse sentido aplica-se ao conjunto de direitos fundamentais (públicos e privados) a noção de “unidade normativa e axiológica”.²⁴⁶

²⁴¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op cit.*, p. 167).

²⁴² NOVAIS, *Op.cit.*, p. 56.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.56.

²⁴⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p 60.

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 149 (versão digital, não paginado).

²⁴⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n.18, p. 114-128, jun. 2005, p. 120.

Há quatro teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, são elas (i) teoria negativa; (ii) teoria da eficácia indireta e mediata; (iii) teoria da eficácia direta e imediata; (iv) teoria dos deveres de proteção.²⁴⁷

(i) A teoria negativa entende pela impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas²⁴⁸, tem poucos adeptos e defende a posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à Constituição²⁴⁹.

(ii) Já a teoria da eficácia indireta e mediata, em síntese, defende a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas por entender que não teria vez a autonomia privada e, portanto, o Direito privado seria desconfigurado em virtude de corresponder a mera concretização de Direito Constitucional²⁵⁰, há uma linha de raciocínio envolvendo cláusulas gerais (função social, boa-fé, costumes etc.) como veículo para transpor os valores da Constituição para as relações de direito privado.²⁵¹

(iii) Por sua vez, a teoria da eficácia direta e imediata permite a aplicação dos direitos fundamentais diretamente às relações privadas, mesmo que ausente legislação infraconstitucional a respeito²⁵².

(iv) A última teoria é a dos deveres de proteção, tem como base que a combinação entre direitos fundamentais e autonomia privada cabe ao legislador e não ao Judiciário²⁵³.

Por fim, há uma outra categoria para além das quatro teorias que diz respeito à teoria alternativa e mista, que rejeita as teses anteriores e entende como responsabilidade do Estado qualquer conduta que viole os direitos fundamentais, mesmo das relações privadas²⁵⁴.

Há ainda a teoria integradora de Alexy, que sustenta três níveis de construção: i) efeito mediato perante terceiros; ii) teoria dos deveres de proteção; iii) teoria da

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 225.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 239.

²⁵¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 270.

²⁵² Ibidem, p. 245.

²⁵³ Ibidem, p. 261.

²⁵⁴ Ibidem, p. 262 e 263.

eficácia imediata com adaptações; todos os níveis convergem com as ideias da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁵⁵

No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata²⁵⁶, o que significa que tais direitos não necessitam de legislação infraconstitucional para serem aplicados, nem se restringem à interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado²⁵⁷, “a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno, transmite a ideia de uma vinculação passiva universal”²⁵⁸.

Para a teoria da eficácia imediata, que integra o debate monista, os direitos fundamentais atuam como direitos subjetivos constitucionais, não restringem sua eficácia ao plano estatal, com oponibilidade *erga omnes*. Referida teoria é fundamento para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que os direitos fundamentais visam a proteção dos indivíduos nas relações entre si, não restringindo a liberdade individual perante o Estado.²⁵⁹ Sarmiento defende a eficácia direta e imediata dos direitos individuais na esfera privada, destacando ainda que é além de uma questão de direito, trata-se de ética e justiça²⁶⁰, o autor também afirma que o posicionamento de Alexy sobre a teoria integradora o coloca como defensor da teoria da eficácia imediata.²⁶¹

Para as teorias dualistas, as normas de valor dos direitos fundamentais poderiam influenciar as relações particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, ainda que essas cláusulas transpassassem o conteúdo das normas constitucionais, para manter o espírito do Direito Privado.²⁶²

O princípio da dignidade da pessoa humana é justificativa para a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma vez que “representa o centro de gravidade da ordem jurídica” e, portanto, os direitos fundamentais são concretizações ou exteriorizações de referido princípio, entender de modo diferente seria ficar à mercê do legislador ou limitado à interpretação das

²⁵⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77-80.

²⁵⁶ BRASIL, CRFB, art. 5º, §1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁵⁶.

²⁵⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. cit.*, p. 279.

²⁵⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. cit.*, p. 281.

²⁵⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p.60.

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 224.

²⁶² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p.64.

cláusulas gerais do direito privado, o que comprometeria a proteção do princípio em questão.²⁶³

A desigualdade entre os particulares é levantada também por Virgílio Afonso da Silva, que se utiliza de estudo de Suzette Sandoz para esclarecer que quando se tem desigualdade de fato, o direito privado recorre ao abuso de direito, dolo, proteção contra o erro para saná-la; já quando a desigualdade é de direito, o direito público utiliza-se dos direitos fundamentais para essa finalidade, considerando que a desigualdade de fato no direito privado precisa de provas e a desigualdade de direito no direito público é presumida.²⁶⁴

“A desigualdade material torna-se relevante apenas no momento em que se tiver de ponderar o direito em questão com a autonomia privada”²⁶⁵, exemplo prático dessa necessidade de ponderação seria quando o titular do patrimônio, exercendo sua autonomia privada, deixa parte maior pra um herdeiro em detrimento de outro, provocando aparentemente uma desigualdade material.

Wilson Steimetz defende a tese de que o exame de proporcionalidade também é aplicável diretamente aos atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Afirma que referida tese não é original, já que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares já vem ganhando espaço. Embora não haja consenso quanto ao exame de proporcionalidade aplicado aos atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais, há quem entenda que a proporcionalidade só se aplica às restrições estatais.²⁶⁶

A partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia direta nas relações privadas, o contraponto com a autonomia privada deixa de existir, “ao se deslocar a igualdade substancial para o lugar de fundamento da autonomia privada, em substituição à igualdade formal, dela se depreende uma nova leitura”²⁶⁷, considerando que os direitos fundamentais se comportam como valores e, portanto, possuem certa flexibilidade²⁶⁸ que facilitam a resolução das

²⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 288.

²⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 289.

²⁶⁶ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p.14/15.

²⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice. *Op cit.*, p. 98.

²⁶⁸ Daniel Sarmiento denomina “plasticidade” (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. .258.)

questões jurídicas.²⁶⁹

3.2 A EXPERIÊNCIA EUROPEIA: O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

O conceito de discriminação possui três sentidos diferentes: o primeiro deles diz respeito à noção comum, ou seja, derivado de preconceito e provocado por distinções injustas; o segundo possui uma conotação jurídica, não trata de processo social a ser evitado, mas de normas e contextos específicos que visam manter duas ou mais partes equiparadas; o terceiro, por sua vez, é formado por normas que proíbem a discriminação em seu aspecto social, enfatizando valores de igualdade, dignidade, liberdade.²⁷⁰

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil tenha vedação expressa à discriminação, fundamentada na igualdade de pessoas, entre a literalidade da previsão normativa e a realidade fática tem-se um abismo e, ao mesmo tempo uma dificuldade de ordem prática.

Estados Unidos e Europa já possuem em seus ordenamentos a previsão de um “Direito da Antidiscriminação”²⁷¹, que surgiu nos EUA através do processo difícil (e sangrento) da busca pela igualdade racial, cuja solução foi, inicialmente, a construção de um estatuto jurídico segregacionista, em que se estabeleceu a igualdade e liberdade juntamente com a separação de brancos e negros; “*separate but equal*”, a frase famosa que traduzida corresponde a “separados, mas iguais” ilustra o resultado obtido neste período marcado por diversos casos também famosos que fomentaram a discussão do tema e contribuíram para esse desfecho.²⁷²

Posteriormente, o reconhecido caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, alterou o posicionamento sobre segregação e possibilitou a integração de raças nas escolas públicas, diante da constatação de que o grupo de negros estava sendo menosprezado ao receber a pior educação se comparados ao grupo de brancos. Este caso trouxe uma nova interpretação para a igualdade, materializando-a, além de abrir caminho para legitimar os movimentos sociais que buscavam igualdade social e

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. .258.

²⁷⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45-47.

²⁷¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Ibidem*, p. 48.

²⁷² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Ibidem*, p. 50.

potencializar outros movimentos sociais promovidos por minorias discriminadas, como mulheres e homossexuais.²⁷³ Em estudos nos Estados Unidos identificou-se que a discriminação não se origina da intencionalidade, mas reflete a segregação vivida historicamente sendo uma reprodução de atos e procedimentos que, sem uma razão consciente, são repetidos apenas porque é o “modo como se faz”.²⁷⁴

Infelizmente o Brasil é muito mais injusto e assimétrico que Alemanha, EUA e outros países do Primeiro Mundo. Daniel Sarmiento traz reflexão interessante a respeito da desigualdade social brasileira:

Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social”. “Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos, do ‘sabe com quem está falando?’, dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa-grande e senzala’.”²⁷⁵

Embora o “Direito da Antidiscriminação” tenha surgido nos EUA e propagado a vários países da Europa e fora dela (Austrália, Nova Zelândia e Canadá e até mesmo englobando países da África do Sul²⁷⁶), não se pode esquecer que surgiu num contexto jurídico realista, característico de um Direito estadunidense que considera a tomada de decisões para cada caso concreto sem se preocupar com criação de modelos e estruturas para aplicação aos casos futuros, essa preocupação é típica do Direito europeu e da dogmática civilista.²⁷⁷

Neste sentido, o presente tópico visa esclarecer o conceito de discriminação e sua classificação em direta e indireta estabelecidos nas Diretivas da União Europeia, além de compreender a aplicação do direito antidiscriminatório na Europa através dos instrumentos antidiscriminatórios.

3.2.1 As Diretivas da União Europeia e o “Novo Direito Antidiscriminatório”

²⁷³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45-47.

²⁷⁴ Ibidem, p. 54-55.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 281.

²⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 61.

²⁷⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Ibidem, p. 67.

Há no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proibição expressa de discriminação de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação [...]”²⁷⁸. Ainda assim, ao perceber a existência de distinções desfavoráveis em razão dessas categorias, o legislador europeu desenvolveu uma norma antidiscriminatória²⁷⁹.

Trata-se das Diretivas da União Europeia que correspondem a ato legislativo que estabelece um objetivo comum para os países da União Europeia, sendo que cada país organiza as leis internas para alcançar o objetivo traçado²⁸⁰. Interessa para o presente estudo conhecer a respeito das Diretivas que trataram do princípio da igualdade de tratamento com intuito de vedar a discriminação.

Destacam-se a Diretiva 2000/43/CE sobre igualdade racial, que dispõe sobre a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre pessoas sem distinção de raça ou origem étnica e a Diretiva 2004/113/CE que trata da discriminação em razão do sexo e do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens, serviços e seu fornecimento²⁸¹. A Diretiva 97/80/CE trata do ônus da prova nos casos de discriminação em razão do sexo²⁸².

A compreensão de que o Direito antidiscriminatório é mais amplo que a noção específica da própria norma pode ser feita através da explicação de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

“[...] não se está a abordar o texto da Constituição, da lei ou de alguma outra fonte normativa formal que, por hipótese, vede eventual prática discriminatória [...] é necessário que a norma esteja incorporada a uma

²⁷⁸ <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

²⁷⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 390; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 222.

²⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Tipos de legislação*. Disponível em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_pt. Acesso em: 10/09/2024.

²⁸¹ NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 2, p. 75-92, 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/549/115>. Acesso em: 30/09/2024.

²⁸² UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 97/80/CE do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao ônus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0080>. Acesso em: 05/10/2024 e ROSALICE, saúde, p. 224.

espécie de projeto mais amplo, acolhido pelo Direito, destinado a reduzir ou a extinguir discriminações específicas”.²⁸³

O propósito do Direito da Antidiscriminação é reduzir ou extinguir discriminações²⁸⁴, no entanto as normas que regulamentam tal direito não são normas gerais, trazem três características particulares não usuais na doutrina, são eles: (i) a proteção de características pessoais; (ii) a possibilidade de classificação dessas pessoas em mais de um grupo; e (iii) a existência de pelo menos um dos respectivos grupos que demanda uma proteção especial.²⁸⁵ Normalmente a discriminação sofrida advém de uma “desqualificação social”, na maioria das vezes oriunda de questões histórica.²⁸⁶

Verifica-se, portanto, a existência de motivos discriminatórios com abrangência universal, ou seja, aplicáveis a todos os indivíduos e dentro dos grupos de proteção há características que tornam determinados grupos ainda mais vulneráveis²⁸⁷, por exemplo, “ao referir-se à raça ou ao sexo como motivos ou critérios de proteção, encontra-se implícito que negros e mulheres demandam uma maior proteção jurídica do que brancos e homens”, essa necessária proteção a determinados grupos justifica o surgimento de um Direito da Antidiscriminação.²⁸⁸

Um grupo de juristas denominado “Working Group on Non-Discrimination”²⁸⁹ pesquisou sobre a proibição de discriminação, buscando averiguar a existência ou não de um direito antidiscriminatório como princípio geral da União Europeia, no direito comunitário. Da análise conjunta de tratados, diretivas, comunicações, decisões e jurisprudência do Tribunal da União Europeia, o resultado da pesquisa foi pela

²⁸³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 72.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 69.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 70-74.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 70-74.

²⁸⁷ “[...] tem-se, exemplificativamente, “homens” e “mulheres” no âmbito do “sexo”; “brancos”, “pardos” e “negros” no tocante à raça; “hétero” e “homossexuais” em relação à orientação sexual; “cristãos”, “muçulmanos”, “judeus”, “testemunhas de Jeová” e “umbandistas” em referência à religião etc.” Cada um desses grupos particulares correspondem (sic) a subgrupos de um dado “motivo” ou “critério”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 75).

²⁸⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 77.

²⁸⁹ Grupo denominado “Working Group on Non-Discrimination” vinculado al “Acquis Group”. (LEIBLE, S. Non-Discriminatón. ERA-Special Issue European Contract Law, pp. 76-89 apud RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 204 e 205).

confirmação da existência de princípio geral de direito comunitário relativo à “não discriminação”, que vincula relações obrigacionais e contratuais, sendo princípio de carácter absoluto que contempla conceitos de discriminação direta e indireta.²⁹⁰

Francisco J. Infante, baseado na pesquisa desse grupo, se posiciona sobre o “princípio geral de não discriminação” que está atrelado ao direito comunitário e tem por objetivo formular a base dos motivos de discriminação que estão proibidos.²⁹¹

Referido princípio de não-discriminação, segundo Infante, está presente nas diretivas da União Europeia: 2000/43 (“igualdade racial”), 2000/78 (“Diretiva marco”), 2002/73 (“igualdade de tratamento de homens e mulheres no trabalho”) e 2004/113 (“igualdade de tratamento de homens e mulheres na contratação privada”). As diretivas influenciaram os países a incorporarem em seus ordenamentos jurídicos o princípio da não-discriminação:

La necesidad de la protección contra la discriminación, como es sabido, se ha instaurado muy intensamente en el reciente derecho comunitario. Los diversos Estados, de una manera u otra, bajo el influjo o presión de las correspondientes directivas comunitarias, han comenzado a incorporar en sus ordenamientos una nueva concepción del “principio de no discriminación”.²⁹²

Além das diretivas, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia há título sobre Igualdade, o art. 21 que versa sobre a proibição de discriminação em suas diversas formas destacando algumas das características protegidas:

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.
2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.²⁹³

Da mesma forma, nem toda norma que veda discriminação de particulares pode ser entendida no contexto do Direito da Antidiscriminação. “Não fosse assim,

²⁹⁰ RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 204 e 205

²⁹¹ Ibidem, p. 14 e 15.

²⁹² Ibidem, p. 192.

²⁹³ Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Disponível em <http://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/21-nao-discriminacao#:~:text=1.,2>

toda e qualquer normas protetiva a determinado grupo seria, em tese, norma de Direito da Antidiscriminação e este não é o caso”.²⁹⁴

Além disso, o próprio amparo a determinados grupos protegidos pode ser fornecido de maneiras diferentes, de acordo com necessidades específicas. Assim como pode existir a soma de critérios discriminatórios que demandem proteções minuciosas, como é o caso de mulheres negras.²⁹⁵

Neste sentido, o Direito da Antidiscriminação desenvolveu ferramentas específicas para cumprir sua finalidade, as quais atuam como meio de esclarecimento e proteção contra possíveis discriminações, além de incrementar o aparato legislativo dos países que incorporaram o princípio da não-discriminação em seus ordenamentos.

3.2.2 Os Instrumentos de Proteção contra Discriminação

Várias são as normativas e regulamentos proibindo a discriminação no plano internacional, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 até a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho de 1958, que trata especificamente a discriminação em matéria de emprego e profissão.²⁹⁶E, ainda, no âmbito particular, alguns deles:

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979;

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007.²⁹⁷

Percebe-se, portanto, que o debate acerca da discriminação não é recente, no entanto, tais regramentos não foram suficientes, tanto que, na Europa criou-se o chamado “Direito da Antidiscriminação”.

O Direito da Antidiscriminação desenvolveu ferramentas próprias conceituais e providências a serem tomadas para modificar práticas discriminatórias nas sociedades, ou seja, além de funcionarem como sanção, também promovem uma

²⁹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 78.

²⁹⁵ Ibidem, p. 79.

²⁹⁶ Ibidem, p. 82/83.

²⁹⁷ Ibidem, p. 82/83.

nova realidade, é o caso da discriminação direta e indireta, que além de possibilitar o enquadramento de determinadas condutas, funcionam como proteção à discriminação.

Ao lado das proibições de discriminação direta e indireta, a doutrina europeia classifica quatro instrumentos autônomos que analogicamente cumprem a finalidade de evitar discriminações, são eles: assédio; ausência de adaptações razoáveis; instrução para discriminar e ações afirmativas²⁹⁸, os quais serão objeto de aprofundamento em tópicos específicos.

3.2.2.1 A discriminação direta

A definição técnica de discriminação direta é a mais próxima do conceito de discriminação conhecido culturalmente, isto é, corresponde à distinção sem justificativa no tratamento de pessoas, significando um menosprezo, um tratamento desfavorável “em razão de uma característica protegida”.²⁹⁹

O foco da vedação encontra-se sobretudo na proteção do indivíduo³⁰⁰, é uma consequência do princípio da igualdade e da proteção à dignidade humana, cuida-se para não ferir direito de personalidade³⁰¹, é o que ocorre quando os critérios relativos à raça ou sexo são utilizados para distinguir e vedar direitos.

A Diretiva 2000/43/CE da União Europeia, em seu art. “2.2 a” prevê que tratamento desfavorável à pessoa cujo motivo seja a origem racial ou étnica configura discriminação direta.³⁰² Por sua vez, o art. 2 da Diretiva 2004/113/CE traz o mesmo conteúdo, elegendo o critério sexo como motivador para, havendo tratamento desfavorável, caracterizar discriminação direta.³⁰³

²⁹⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 108.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 402.

³⁰¹ Ibidem, p. 394.

³⁰² RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto d discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 120.

³⁰³ RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto d discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 120.

Como as diretivas trazem um conceito amplo, abarcam condutas com motivações diversas e, por isso, havendo diferença de tratamento, independe qual é a motivação da discriminação³⁰⁴, é necessário apenas uma relação de causalidade entre a diferença de tratamento e o critério juridicamente protegido para configurar discriminação³⁰⁵.

Jorge Cesa Ferreira da Silva destaca ainda a existência da discriminação direta de forma oculta, que se esconde em exigências aparentemente legítimas como é o caso da exigência de boa aparência em anúncio de emprego, quando o objetivo real é afastar pessoas de determinadas raças³⁰⁶, tais casos não possuem sanção, especialmente diante da dificuldade de provar ou até mesmo de inverter o ônus dessa prova, o autor aconselha intervenção legislativa para “estabelecer o âmbito e os instrumentos da proteção de grupos, assim como as consequências jurídicas decorrentes de atos discriminatórios.”³⁰⁷

Nos Estados Unidos e no Reino Unido há uma técnica chamada “but-for”, na tradução para a língua portuguesa seria algo como “salvo pelo”, cujo intuito é constatar a existência ou não de discriminação direta por meio do questionamento: o resultado teria sido o mesmo se o sexo ou a raça (ou outro critério) aplicável ao caso fosse outro? Se a resposta for positiva, não há discriminação; se negativa, a discriminação se configura já que o resultado teria sido outro “salvo pelo” critério (sexo, raça etc.) aplicado. Referido teste facilita a constatação da causa, mas a fórmula não é perfeita e ignora as preferências subjetivas que motivaram a conduta dita discriminatória.³⁰⁸

Considerando a relação entre a discriminação direta e a noção de igualdade, a análise comparativa de tratamentos também é forma de identificar a existência ou não de discriminação na modalidade direta, exceto quando não há meios de comparação, como discriminação sexual vinculada à gravidez, já houve tentativa de comparar

³⁰⁴ RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto d discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 121.

³⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 110.

³⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111.

³⁰⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 403.

³⁰⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 113.

tratamento a mulheres grávidas e homens doentes, mas é completamente inviável já que não são situações similares e as mulheres também podem ficar doentes.³⁰⁹

Por fim, a diferença de tratamento é aceita sem configurar discriminação direta apenas quando estiver respaldada em objetivo legítimo, motivos de privacidade e decência, promoção de igualdade ou de interesses de homens e mulheres, liberdade de associação³¹⁰ e organização de atividades desportivas.³¹¹

3.2.2.2 A discriminação indireta

A discriminação indireta é definida nas Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE³¹², como uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutros, mas que coloca pessoas pertencentes a um grupo protegido em desvantagem em relação a outro(s) grupo(s), sem justificação ou finalidades legítimas³¹³.

Existe discriminação indireta quando constatada a presença de “três elementos: (i) medida aparentemente neutra; (ii) comparação dos efeitos sobre grupo(s) protegido(s) e (iii) a ausência de justificativa para necessidade da medida”.³¹⁴

Verifica-se, portanto, que enquanto na discriminação direta o foco é o indivíduo (há imposição de tratamento igualitário aos tidos por iguais), na indireta o tratamento diferente é a um grupo protegido, por isso evidencia-se a realidade social³¹⁵; em que pese as diferenças, em ambas as modalidades de discriminação há tratamento inferior

³⁰⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 116.

³¹⁰ Sobre liberdade de associação, a jurisprudência brasileira é uníssona quanto à possibilidade de recusa de associados independentemente de exposição de motivos. (STJ, REsp 1.990.219. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 05/08/2022; TJSP, Apelação Cível 1009752-72.2021.8.26.0606, Relator Des. Coelho Mendes, j. 26/01/2023; TJPR, Agravo de Instrumento 0055746-65.2019.8.16.0000, Relator Des. Francisco Carlos Jorge, j. 19/09/2022; TJMG, Apelação Cível 1.0024.14.095214-4/001, Relatora Des. Vicente de Oliveira Silva, j. 01/04/2019; Pesquisa jurisprudencial de Luciana Pedroso Xavier).

³¹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 119.

³¹² RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 169.

³¹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 402; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.121.

³¹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 122.

³¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 123.

(seja em relação ao indivíduo, seja em relação ao grupo) em razão de uma característica protegida: raça, cor, sexo etc.

A Diretiva 2004/113/CE trata no art. 2.b ao definir discriminação indireta refere-se especificamente à discriminação em razão do sexo.³¹⁶ A Diretiva 97/80/CE trata do ônus da prova nos casos de discriminação em razão do sexo e destaca a dificuldade de fazer prova de discriminação indireta³¹⁷.

O Reino Unido publicou em 1975 o chamado “Sex Discrimination Act”, uma definição legal de Discriminação indireta que no item 1 (l) (b) estabelecia critérios para constatar uma situação de discriminação contra uma mulher, esses critérios diziam respeito a impor requisito ou condição que a quantidade de mulheres que cumpriam esse requisito ou condição era consideravelmente menor do que a quantidade de homens que conseguiam cumpri-lo³¹⁸. Em 2010 a lei da igualdade do Reino Unido “Equality Act” foi revista para abranger não apenas discriminação relacionada a sexo, mas também à raça, deficiência, casamento civil, idade, religião etc.³¹⁹

A Lei orgânica espanhola também dispõe sobre a discriminação indireta ao regulamentar a igualdade material de mulheres e homens, denominado “gender mainstreaming”, aplica o princípio da igualdade entre mulheres e homens e proíbe a discriminação de gênero em todo o ordenamento, essa postura é exemplo da aplicação da nova perspectiva do “direito comunitário”.³²⁰

Percebe-se, portanto, que quando se trata de discriminação indireta, as próprias diretivas demonstram forte preocupação na discriminação de gênero. No Brasil, a Constituição da República traz preceito sobre a igualdade das pessoas no art. 5º e, no inciso I faz menção específica entre homem e mulher³²¹. Para fins práticos, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a Resolução 492/2023 com um protocolo

³¹⁶ RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 169 e

³¹⁷ REINO UNIDO. *Equality Act 2010*. 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>. Acesso em: set/2024.

³¹⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 58-59.

³¹⁹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> Acesso em set.2024.

³²⁰ RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 192 e 193.

³²¹ (BRASIL, CRFB 1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]”

para adoção de perspectiva de gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário³²². Foram incluídos no protocolo, desde a capacitação de magistrados às temáticas de direitos humanos (com menção expressa no art. 2º, §1º das categorias “gênero, raça e etnia”), bem como formação de Comitê de acompanhamento e capacitação. Destaca-se que a resolução hoje vigente, na verdade é fruto de modificações feitas ao longo dos anos, a primeira delas surgiu em 2018 com foco específico no enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e incentivo à participação feminina na esfera judiciária³²³.

Existem critérios particulares de cada sociedade para eleger quais grupos devem ser protegidos e existem critérios gerais que identificam grupos discriminados, como é o caso das minorias discriminadas socialmente. Há um consenso razoável quanto aos critérios de discriminação proibidos nas esferas internacional e constitucional.³²⁴

Comparando as duas modalidades de discriminação, tem-se que a discriminação direta, em resumo, diz respeito à tratamento menos favorável que um indivíduo recebe em razão de alguma característica protegida³²⁵, enquanto a discriminação indireta reprovava práticas e condutas que embora aparentem neutralidade imputam condição desvantajosa para um grupo em relação a outro(s) sem justificativa razoável.³²⁶

3.2.2.3 Instrumentos antidiscriminatórios por analogia

São instrumentos similares à discriminação direta e indireta, segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva: o assédio, a ausência de adaptações razoáveis e a instrução para discriminar, os quais poderiam ser abarcados aos conceitos principais de

³²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>

³²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-2021/>.

³²⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 82.

³²⁵ Ibidem, p.108.

³²⁶ Ibidem, p. 121.

discriminação, mas possuem particularidades que merecem estudo de forma independente.³²⁷

O assédio é o conjunto de ações com objetivo de hostilizar o ambiente para atingir a dignidade e/ou gerar danos a um ou mais indivíduos, essas ações são repetidas e intencionais e podem ser praticadas por único indivíduo ou um grupo.³²⁸

A prática do assédio acontece quando presentes três elementos: (i) voluntariedade, caracterizada pela intenção do agente *versus* ausência de consentimento do ofendido; (ii) ambiente hostil, caracterizado por “intimidação, degradação e humilhação”; (iii) ataque à dignidade do assediado.³²⁹

Percebe-se que o assédio possui conceito muito semelhante à discriminação direta, no entanto, a discriminação direta pressupõe comparação do tratamento ao ofendido ao tratamento de outras pessoas e o assédio dispensa essa comparação, por se tratar de “conduta censurável em si mesma e não pela comparação com outras condutas similares do assediador”³³⁰.

A ausência de adaptações razoáveis, como o próprio nome diz corresponde a insuficiência de atitudes necessárias para garantir direitos a determinada pessoa, discriminando-a. Esse instrumento consta expressamente na legislação nacional, no §1º do art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz o conceito de discriminação e inclui como discriminatória “a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”. Em âmbito internacional, consta de forma muito similar no art. 5º da Diretiva 2000/78/CE³³¹:

Artigo 5º - Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente

³²⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 127.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Ibidem, p. 128 e 129.

³³⁰ Ibidem, p. 129.

³³¹ BRASIL, Estatuto da Pessoa com Deficiência e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 129.

compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.³³²

Esse instrumento pode ser compreendido como parte da discriminação indireta, no entanto, distingue-se dela, pois as adaptações razoáveis envolvem uma análise comparativa focada nas condições específicas de um indivíduo, ao invés de observar o impacto de normas ou práticas sobre diferentes grupos.³³³

Instrução para discriminar é um conceito instituído em 2000 pelas diretivas europeias, trata-se de um esclarecimento de que “uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base em um critério protegido é considerada discriminação”, ou seja, tem por objetivo esclarecer que o ato de instruir, no sentido de incitar alguém a discriminar também é considerado discriminação³³⁴.

E, por fim, ações afirmativas “também chamadas de ‘discriminações positivas’ ou ‘ações positivas’, são estipulações que beneficiam normativamente certos grupos visando a obtenção de maior igualdade concreta na sociedade”³³⁵, são assimetrias necessárias que desvirtuam o princípio da igualdade formal para impossibilitar a “hierarquização social”³³⁶ responsável por discriminar, garantindo a igualdade material.

A Diretiva 2000/43/CE prevê a possibilidade de justificar tratamento desfavorável devido à origem racial ou étnica apenas em se tratando de ações afirmativas³³⁷:

Artigo 5º - Ação positiva

A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou aprovem medidas específicas destinadas a prevenir ou

³³² UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>.

³³³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 131.

³³⁴ art. 2º, 4 das Diretivas 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2002/73/CE; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 131.

³³⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 132.

³³⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 396.

³³⁷ RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto d discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret Revista per a L'anàlisi del dret*. Barcelona, janeiro de 2007, p. 1-17; p. 120.

compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica³³⁸.

No Brasil, as cotas raciais, as normativas constantes no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código de Defesa do Consumidor são ótimos exemplos de ações afirmativas.

3.3 A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Na Espanha, parte da doutrina entende que a liberdade de testar e a liberdade contratual são manifestações da autonomia privada, na mesma medida. Díez-Picazo, por exemplo, defende essa corrente. Teodora García e María Garcia Rubio sustentam que tanto o sentido próprio de autonomia privada (liberdade contratual) como a liberdade de testar merecem reconhecimento e tratamento adequado às suas particularidades, ambos sofrem limitações – que configuram a chamada liberdade negativa.³³⁹

Não há expressamente na Constituição da República ou outra legislação nacional um conceito de discriminação, situação que realça a importância do processo hermenêutico.³⁴⁰ Inclusive essa é a diferença entre o Direito brasileiro e o europeu, isto porque, na Europa há proteção direta e expressa no Direito Privado, através das diretivas, enquanto no Brasil essa proteção é decorrente da interpretação do direito à igualdade de tratamento contido na Constituição da República³⁴¹.

A proteção contra discriminação no Direito Privado Brasileiro é, portanto, mitigada diante da lacuna legislativa, por sua vez a solução hermenêutica precisa ser analisada com cautela³⁴².

³³⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>

³³⁹ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 19-27.

³⁴⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 397.

³⁴¹ art. 5º, caput, e art. 3º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de Discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 8, nº18, p. 52-81, jul./set.2014, p. 52.

³⁴² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de Discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 8, nº18, p. 52-81, jul./set.2014, p. 78 e 79.

De toda forma entende-se que o princípio da proibição da discriminação foi recepcionado pelo direito privado brasileiro, ainda que de forma tímida, uma vez que houve a criação de leis vedando condutas discriminatórias³⁴³. É o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) que em seu §1º do art. 4º trouxe um conceito de discriminação voltado às pessoas com deficiência³⁴⁴ e do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que prevê expressamente em seu §2º do art. 37 a proibição de publicidade discriminatória³⁴⁵.

Nenhuma dessas leis, no entanto, prevê sobre a proibição de discriminação em contratos ou, de forma ampla relacionando-a a negócios jurídicos, motivo pelo qual pretende-se refletir a respeito desse assunto.

3.3.1 A Proibição de Discriminação nos Contratos

O tratamento da discriminação no Direito Público certamente envolve menos tensões que a discussão envolvendo o Direito Privado, isto porque, tratar da proibição de discriminação nas relações entre particulares é, em outras palavras, resolver problemas que envolvem a liberdade (aqui referida como sinônimo de autonomia privada) *versus* outros direitos fundamentais (dentre eles, especialmente, a igualdade). “A dinâmica envolvendo antidiscriminação e contrato é, antes de tudo, complexa [...] é necessário encarar a questão nos seus mais diversos aspectos e, neles, identificar zonas de ponderação.”³⁴⁶

Uma floricultura pode negar a prestação de serviços de decoração para um casamento homoafetivo com fundamento na crença religiosa professada pela dona da empresa? Essa pergunta foi objeto de discussão em caso julgado em 2017 pela Suprema Corte de Washington nos Estados Unidos, tendo como pontos

³⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 67.

³⁴⁴ BRASIL, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Art. 4º § 1º: Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

³⁴⁵ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, art. 37, § 2º: É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança;

³⁴⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 149.

controvertidos a discriminação por orientação sexual de um lado e a liberdade religiosa de outro³⁴⁷, embora o resultado deste caso tenha sido favorável ao casal, situação semelhante (e inclusive anterior) em que um casal homoafetivo teve a negativa de contratação de um confeitiro, motivado por sua liberdade religiosa, não teve o mesmo desfecho; embora tenha perdido em primeira instância, recorreu da decisão proferida pelo estado do Colorado e, por maioria (7 votos contra 2), no caso “*Masterpiece Cakeshop Vs. Colorado Civil Rights commissio*” a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em favor do confeitiro³⁴⁸. Percebe-se, portanto, que nem no exterior onde há mais evidente a preocupação de discriminação, a jurisprudência é convergente.

Casos semelhantes foram discutidos no Brasil, cita-se a discussão em 2017 sobre a prática de casas noturnas cobrarem valores menores de ingressos de mulheres e a nota técnica que proibiu a diferenciação de preços pelo gênero dos consumidores³⁴⁹, ou ainda, caso muito parecido ao dos Estados Unidos em que a empresa brasileira de eventos também se recusou a contratação para casamento de um casal homoafetivo baseando-se na crença religiosa e foi condenada em Primeiro Grau³⁵⁰ a indenização por danos morais no importe de vinte e oito mil reais aos noivos³⁵¹.

A decisão mencionada, que condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais, evidencia a aplicação do princípio da proibição de discriminação é aplicado no Direito Contratual Brasileiro.

³⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 22.

³⁴⁸ MIGALHAS. Caso envolvendo liberdade religiosa e discriminação sexual é analisado por Suprema Corte dos EUA nesta semana. *Migalhas*, São Paulo, 5 dez. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/270660/caso-envolvendo-liberdade-religiosa-e-discriminacao-sexual-e-analisado-por-suprema-corte-dos-eua-nesta-semana>. e **O GLOBO**. Supremo dos EUA dá vitória a confeitiro que negou bolo a casal gay. Acesso em 01/10/2024. O Globo, Rio de Janeiro, 4 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/supremo-dos-eua-da-vitoria-confeitiro-que-negou-bolo-casal-gay-22744369> Acesso em 01/10/2024.

³⁴⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 22 e 23.

³⁵⁰ Juíza Thais Miglitorançã Munhoz, da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Campinas (JOTA). Casa de eventos deve indenizar casal gay por recusa a celebrar casamento. *JOTA*, São Paulo, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressao/casa-de-eventos-deve-indenizar-casal-gay-por-recusa-a-celebrar-casamento>. Acesso em: 30/08/2024).

³⁵¹ Em consulta aos autos eletrônicos, verifica-se que a empresa recorreu, mas o Recurso Inominado não foi admitido, em virtude de deserção, em 11/05/2021 as partes fizeram acordo em que a empresa se comprometeu a pagar R\$29 mil de forma parcelada (E-saj autos nº 1041244-74.2019.8.26.0114 . Acesso em 02/10/2024).

A interpretação do direito civil-constitucional pressupõe o acolhimento da proibição de discriminação nas relações contratuais e sua aplicação é “decorrente da eficácia do princípio da igualdade sobre os contratos”.³⁵²

Além disso, o princípio e a conduta de proibir discriminação têm forte representatividade nas relações de trabalho: cita-se o caso do empregado diagnosticado com vírus HIV cuja demissão sem justa foi interpretada pelo Judiciário como discriminatória, inclusive, a partir desse caso foi criada a súmula 443 do TST³⁵³ em 2012, que presume demissão sem justa causa como discriminatória quando o empregado for diagnosticado com HIV ou doença grave, impossibilitando assim que a doença seja motivadora (ainda que de forma oculta) da decisão do empregador pelo desligamento.³⁵⁴

Enquanto no contrato de trabalho essas discriminações se revelam de forma evidente, nos contratos civis elas permanecem em grande medida invisíveis diante da falta de um debate aprofundado sobre o tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Embora o ordenamento jurídico brasileiro disponha de mecanismos para assegurar ampla proteção contra discriminação, seu foco abrange alguns poucos casos de discriminação direta e individual, deixando de lado os casos de discriminação indireta, que permanecem invisíveis e sem uma resposta jurídica sólida.³⁵⁵

A discussão já avançada sobre a aplicação do princípio da proibição de discriminação na Justiça do Trabalho deveria ser estendida, no âmbito do Direito Privado, a todas as relações contratuais:

Este principio, junto con la manifestación legal que le dota de garantía (la prohibición de discriminar) se ha instaurado intensamente no sólo en los sectores en los que tradicionalmente de las grandes novedades – en el

³⁵² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 192.

³⁵³ TST, SÚMULA Nº 443: DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25-9-2012 (Disponível em https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html)

³⁵⁴ A 13ª Turma do TRT da 2ª Região nos autos n. 1000932-19.2021.5.02.0433 decidiu de maneira favorável ao empregador caso em que ficou comprovado que empregado com câncer não foi desligado pelo motivo da doença. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/dispensa-por-cancer-so-e-discriminatoria-se-for-provado-que-doenca-foi-a-razao-do-fim-do-contrato>

³⁵⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 216.

*ámbito del derecho privado moderno. Ahora, este principio no sólo se extiende a las relaciones laborales o de empleo, sino que también se prevé que se aplique a las relaciones contractuales (acceso y puesta a disposición de bienes y servicios).*³⁵⁶

No Direito Brasileiro ainda não há normativa semelhante às diretivas europeias que delimite o conceito de discriminação ou trate da discriminação indireta.³⁵⁷ Por exemplo, a Constituição e a legislação ordinária não proíbem expressamente a discriminação contra homossexuais, mas há norma constitucional implícita vedando a conduta discriminatória em sentido amplo,³⁵⁸ casos assim tornam ainda mais importante a hermenêutica constitucional.³⁵⁹

O Direito do consumidor brasileiro, ao vedar publicidade discriminatória, não restringe a discriminação a apenas alguns grupos protegidos. E há coerência em não aplicar a discriminação indireta nesses casos, porque se assim o fizesse, qualquer pessoa que se sentisse moralmente ferida ou abalada com determinada propaganda poderia requerer tratamento antidiscriminatório, quando na verdade, a atuação publicitária a todo tempo faz escolhas que refletem na vinculação de determinadas pessoas e grupos em detrimento de outros. “Uma publicidade voltada a realçar peles claras não porta em si uma discriminação (indireta) contra negros, por exemplo”.³⁶⁰

Além disso, não há uma padronização dos sinais de discriminação, que facilitaria a ponderação entre direitos fundamentais, é o caso da discriminação de um empregado com tatuagem e *piercing* (situações derivadas de sua própria escolha) que se difere dos sinais de discriminação em razão de sua raça. Essa diferença evidencia a preocupação em “reduzir hierarquias sociais” ao invés de garantir a igualdade formal,³⁶¹ portanto, percebe-se que nem todos os sinais “como se comprova a própria

³⁵⁶ RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 192.

³⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 61.

³⁵⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 408.

³⁵⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 397

³⁶⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 67.

³⁶¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 400 e 401.

topologia constitucional, é certo que nem todos os sinais de discriminação causam o mesmo impacto no Direito Privado, especialmente no contratual.³⁶²

A análise da discriminação em relações privadas enfrenta resistência pelos civilistas, a defesa da liberdade negocial e autonomia privada “pressupõe a aceitação de ‘um certo direito a discriminar’”, da mesma forma há entendimentos que classificam a discriminação como tema específico a ser tratado pela esfera pública, afirmando que trazê-lo para a ótica do Direito Contratual seria restringir a autonomia privada, ou ainda, impor um valor social incabível de tratamento na esfera privada.³⁶³

Ocorre que a partir do século XX a Constituição passou a ser a “fonte suprema do Direito Público e do Direito Privado, regulando as relações entre os particulares”, momento em que o Código Civil perdeu sua posição central para se realocar em submissão à Constituição.³⁶⁴ A eficácia irradiante dos direitos fundamentais, já aprofundada anteriormente, proporciona que a interpretação da normativa da Constituição seja transmitida a todo o ordenamento jurídico, viabilizando o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.³⁶⁵

O posicionamento do STF em um julgamento de 2005 faz coro a essa linha de raciocínio³⁶⁶. O caso discutia acerca da exclusão de um sócio da União Brasileira de Compositores, sociedade civil sem fins lucrativos e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi argumento central para, por maioria, decidir pelo desprovimento do recurso³⁶⁷, o acórdão vencedor conta com trechos com importantes reflexões que podem ser aplicadas – por equiparação – às situações de discriminação contratual que ferem 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

³⁶² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 400.

³⁶³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 151-155.

³⁶⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

³⁶⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59.

³⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 151-155.

³⁶⁷ BRASIL, STF, REExt 201819/RJ Gilmar Mendes. Julg. 11/10/2005. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>), pesquisa jurisprudencial mencionada por

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.³⁶⁸

“Os Direitos Fundamentais estabelecem, assim, diretamente, fronteiras entre o lícito e o ilícito, ou entre a validade e a invalidade dos negócios jurídicos”³⁶⁹. É incoerente, mesmo utilizando-se dos melhores argumentos atrelados à liberdade contratual e autonomia privada, adotar posicionamento que valide discriminação (contrariando o princípio da igualdade de tratamento) no direito contratual. Afinal de contas, além de “atentar contra a função social do contrato”³⁷⁰, um negócio jurídico discriminatório é considerado nulo quando constatada a ilicitude do objeto e/ou quando proibida a prática, nos termos do art. 166, incisos II e VII do Código Civil³⁷¹; à título de curiosidade, referido dispositivo legal é equivalente ao §134 do BGB^{372, 373}.

³⁶⁸ BRASIL, STF, REExt 201819/RJ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS [...] legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL, STF, REExt 201819/RJ Gilmar Mendes. Julg. 11/10/2005. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>).

³⁶⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 408.

³⁷⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação nos Contratos no Direito Brasileiro em face da Experiência Europeia. *Direitos Fundamentais & Justiça* - ano 8, nº28, p.52-81, jul./set. 2014, p. 68.

³⁷¹ BRASIL, Código Civil, Art. 166: “É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

³⁷² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 414;

³⁷³ (ALEMANHA, BGB) §134: “A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion” Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0409. “Um negócio jurídico que viole uma proibição legal é nulo, a menos que o estatuto leve a uma conclusão diferente.” (Tradução livre)

Aproveitando-se a referência ao BGB e ao negócio jurídico, destaca-se a classificação do contrato, trazida por Enzo Roppo, no direito alemão, trata-se de uma subespécie do negócio jurídico, de modo que as regras atreladas à categoria geral também se aplicam às demais subespécies, inclusive somando todas as regras (em sua aplicação³⁷⁴).

A partir desse entendimento, considerando que tanto o contrato quanto o testamento são negócios jurídicos, entende-se viável – e necessária – a transposição das conquistas antidiscriminatórias dos contratos para os testamentos.

A análise da função social do contrato, de modo a confirmar a existência ou não de discriminação nas relações privadas e, por analogia, a análise do testamento encontram respostas no princípio da dignidade da pessoa humana, diretriz fundamental para a interpretação de toda a ordem jurídica.

³⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 47,48.

4 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DOS SUCESSORES: REPENSANDO A LIBERDADE TESTAMENTÁRIA EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO

A doutrina constitucionalista³⁷⁵ legitima o valor da autonomia privada e defende seu exercício, a ponto de em um conflito entre particulares envolvendo igualdade e autonomia privada, adotar posicionamento – ao menos inicial – pela prevalência da autonomia privada. No entanto, quando situações apresentarem razões sociais fortes, em especial para vedar discriminações, se torna legítima a obrigatoriedade, via legislativa, de imposição de deveres de igualdade de tratamento³⁷⁶, especialmente considerando que “[...] o próprio das leis em geral é desigualar situações; ou seja, conferir tratamentos distintos às pessoas, inobstante todas sejam igualadas quanto ao fato de serem pessoas.”³⁷⁷

O princípio da igualdade tem a dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico e une-se a ele o princípio da diversidade, que trata o respeito a cada cultura.³⁷⁸ O direito da diversidade, originariamente denominado “*derecho de la diversidad*”, é um conjunto de regras, valores e princípios, baseado no respeito aos sujeitos de direito e na diversidade de situações que se encontram, ele não apenas transcende a constituição (do ponto de vista da garantia de direitos), como também possibilita o exercício da cidadania a todos os sujeitos de direito, independentemente de participação em determinado grupo.³⁷⁹

José Carlos Vieira de Andrade, ao defender posicionamento contrário à prevalência do princípio da igualdade em detrimento da liberdade individual, entendendo absurdo e insuportável estabelece uma exceção que se aplica

³⁷⁵ Por todos cita-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 297 e CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 110.

³⁷⁶ CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 110.

³⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Igualdade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 2, abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-2/igualdade>

³⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 118.

³⁷⁹ RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 191 e 192.

diretamente no núcleo da presente tese: “A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente desse princípio”. Entretanto, a exceção a seu entendimento inclusive para fins sucessórios, é em casos de discriminação. Nesses casos, o autor defende a restrição da liberdade e a imposição pelo legislador de obrigações específicas de igualdade³⁸⁰.

As próximas páginas cuidarão da relação da Igualdade com o Princípio da Dignidade humana, das dimensões do princípio da igualdade e sua eficácia nas relações privadas.

4.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a igualdade como seu fundamento

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é norteador de todas as relações sociais, conecta os fundamentos das normas de direito fundamental e possui eficácia imediata nas relações entre particulares. “Os direitos fundamentais projetam-se sobre as relações jurídicas entre particulares à medida que seus conteúdos estão materialmente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁸¹

A dignidade humana é na sociedade contemporânea o “elemento nuclear dos direitos fundamentais”, atuando como “fio condutor da travessia para o Direito Civil contemporâneo”³⁸². Para conceituar dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes invoca a construção moral de Kant e estabelece duas categorias de valores existentes no mundo social: a que representa valor exterior, que é o preço (*preis*) e a representada por valor interior que é a dignidade (*Würden*), valor moral. O valor interior é insubstituível em sua natureza, por isso vale muito mais que o valor exterior.³⁸³ “As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. [...] Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas”³⁸⁴

³⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op cit.*, p. 295-296.

³⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127 e SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 99 e 100.

³⁸² FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 91.

³⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 113 e 114.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 81.

Daniel Sarmento entende – adotando a mesma base kantiana de Maria Celina Bodin de Moraes – que o princípio da dignidade da pessoa humana reflete, em termos jurídicos, a máxima de Kant, segundo a qual o indivíduo deve ser sempre considerado um fim em si mesmo e jamais um mero meio, destaca a necessidade de ancorar o princípio em bases mais sólidas, de modo a evitar um decisionismo irracional. O Direito e o Estado vieram depois do homem e só encontram sua justificativa na existência dele, por isso a pessoa humana deve ser entendida e respeitada como a essência que fundamenta o ordenamento jurídico³⁸⁵.

A dignidade humana, portanto, surgiu no mundo social como um valor moral e, no Brasil, adquiriu relevância jurídica a partir da Constituição de 1988, quando foi consagrada como um dos fundamentos da República³⁸⁶, sua proclamação no primeiro artigo do texto constitucional (art. 1º, inciso III) além de representar um marco na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito, consagrou a dignidade humana como valor nuclear da ordem constitucional instaurada³⁸⁷. Além disso, sua apresentação como princípio constitucional carregado de valores ético-jurídicos garante um tratamento humano não degradante e sustenta a transformação do Direito Civil, que possuía, anteriormente, viés mais individualista.³⁸⁸ Neste sentido, é a crítica de Luiz Edson Fachin à classificação de pessoa como mero elemento da relação jurídica civil.³⁸⁹

Quando, ao invés do patrimônio, é a pessoa humana, revestida de dignidade, que se torna o centro do ordenamento, tem-se uma aproximação à realidade da vida. Para isso não é possível considerar o Direito Civil de forma fechada, valendo-se da separação do Direito Público e Direito Privado. Eis que os direitos fundamentais

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59.

³⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 114.

³⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57/58.

³⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 116.

³⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 87.

possibilitam uma noção sistêmica que beneficia a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.³⁹⁰

Entretanto, a compreensão inadequada de dignidade humana ameaça a democracia, especialmente diante do fato de que ela pode ser invocada para fundamentar posicionamentos diferentes (o que também se aplica aos princípios). “Uma simples referência à proteção da dignidade humana seria suficiente para justificar qualquer resposta”.³⁹¹ Ao mesmo tempo, definir a essência da dignidade humana é complexo, pois, enquanto de um lado ela se posiciona como o guia fundamental para todo o sistema jurídico, por outro lado, não se deve elevar qualquer questão à sua proteção, sob o risco de uma excessiva constitucionalização e até mesmo a banalização do conceito.³⁹²

Na Alemanha existe uma fórmula criada por Dürig para constatar violação à dignidade humana: sempre que o indivíduo for rebaixado a um objeto, tratado como coisa ou desconsiderado como sujeito de direitos³⁹³. No mesmo sentido é o conceito de dignidade como valor intrínseco, que entende como “contrário à dignidade humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.³⁹⁴

O princípio da igualdade é o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana, fundamentado – na linha da igualdade formal – no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório e de ter tratamento igual.³⁹⁵

A partir do princípio da dignidade humana, o rol taxativo ou exemplificativo dos direitos de personalidade é deixado de lado, e surge uma “cláusula geral de tutela da

³⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 97.

³⁹¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: PASSIG, Andressa; JAYME, Camila Soares Cavassin; PIRES, Joyce Finato (Orgs.). *Direitos fundamentais e novas tecnologias: estudos em homenagem ao Prof. Marco Berberi*. Curitiba: Íthala, 2023, p. 84.

³⁹² RIBEIRO, Wesley Carlos. Os princípios constitucionais como substrato material da dignidade humana. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 11, n. 2, p. 227-247, p. 230. <https://revistas.unifio.br/rmd/article/view/558/578>

³⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

³⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 117.

³⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 118.

pessoa humana”³⁹⁶, que se utiliza da dignidade no ápice da Constituição da República e possui em sua essência a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.³⁹⁷

Ana Luiza Maia levanta a tensão entre a igualdade dos filhos e a liberdade e testar trazendo como resposta a “ponderação dos interesses em jogo, para que seja alcançada a solução que melhor realize o princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁹⁸

Se a resposta for positiva, a balança propenderá para a liberdade do testador, sendo certo que eventual desigualdade quantitativa entre os quinhões, uma vez provada, deverá ser solucionada pela torna ou reposição em dinheiro e pelo instituto da hipoteca legal.

Isso significa dizer que a igualdade do tratamento sucessório dos filhos, quanto à composição qualitativa de seus quinhões, ante o caso concreto, poderá ceder diante de vínculos específicos de certos herdeiros em relação a bens existentes no acervo hereditário, em razão do seu exercício profissional ou de sua moradia[...].³⁹⁹

Por outro lado, há uma preocupação doutrinária quanto à utilização do testamento para a prática de atos discriminatórios em desfavor de herdeiros, especialmente dos herdeiros necessários, prejudicando seus interesses.

A discriminação fere diretamente o princípio da dignidade humana⁴⁰⁰, motivo pelo qual a aplicação conjunta desses princípios (dignidade e igualdade) é imprescindível em nosso ordenamento jurídico, já que a “vedação de discriminações é, portanto, uma consequência do princípio da igualdade e da proteção à dignidade humana”.⁴⁰¹

³⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 142.

³⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 144

³⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op cit.*, p. 240/241.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 241.

⁴⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 7, n. 22, p. 15–20, 2013. DOI: 10.30899/dfj.v7i22.279. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/279>, p. 19.

⁴⁰¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 394.

4.1.2 Dimensões do Direito à Igualdade de Tratamento

A igualdade se apresenta em três vertentes: (i) igualdade formal (todos são iguais perante a lei); (ii) igualdade material no sentido de justiça social e distributiva (critério socioeconômico); (iii) igualdade material no sentido de reconhecimento de identidades (gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia etc.).⁴⁰²

O Princípio da igualdade é norma de direito fundamental, proporciona aos indivíduos o direito fundamental à igualdade de tratamento.⁴⁰³ Além disso, se projeta objetivamente sobre todo o ordenamento jurídico, corresponde a cláusula geral, com previsão expressa no art. 5º da Constituição da República, ou seja, trata-se de norma de direito fundamental que, além de conferir um direito subjetivo, vincula a todos os poderes públicos⁴⁰⁴.

A cláusula geral de igualdade define o princípio da igualdade não apenas como uma única norma jurídica, mas um “feixe de normas jurídicas”, autônomas entre si”.⁴⁰⁵ Há no mínimo três normas veiculadas pela cláusula geral de igualdade: (i) a norma de tratamento igual; (ii) a norma de tratamento desigual; (iii) a proibição de tratamento discriminatório⁴⁰⁶.

A desigualdade é uma constante no mundo dos fatos, pois qualquer análise demanda comparação de duas ou mais situações ou pessoas⁴⁰⁷, portanto, a igualdade e suas particularidades possuem proteção pelos direitos humanos.⁴⁰⁸

Como norma de direito fundamental, o princípio da igualdade exerce ora posição de proibir o tratamento desigual (dimensão negativa), ora de defender o tratamento igual (dimensão positiva), essas dimensões serão analisadas a seguir.

4.1.2.1 Dimensão negativa: a proibição de discriminação

⁴⁰² PIOVESAN, Flavia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 49.

⁴⁰³ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 232.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 234.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 235.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 233,234.

⁴⁰⁸ PIOVESAN, Flavia. *op. Cit.*, p. 60, baseando-se na Recomendação Geral nº 14 do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racional, adotada em 1993.

A dimensão negativa do princípio da igualdade corresponde à proibição de qualquer discriminação, ou seja, há um direito subjetivo atrelado ao princípio da igualdade que garante a não discriminação das pessoas.⁴⁰⁹

A discriminação não carrega neutralidade, “sempre tem conotação negativa”, sempre contraria princípios da dignidade da pessoa, igualdade e direitos fundamentais.⁴¹⁰

Por tratamento discriminatório entende-se a diferenciação, sem fundamentação jurídica (*ratio*) baseadas em sexo, raça, crença, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença etc. É o princípio da igualdade o mais utilizado na solução de *hard cases*⁴¹¹, especialmente porque “não há uma única e correta solução, nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete”.⁴¹²

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece em seu título sobre Igualdade, o art. 21 a proibição de discriminação em suas diversas formas:

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.
2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.⁴¹³

A dificuldade em relacionar esses dois temas (igualdade e tratamento antidiscriminatório) está em estabelecer critérios de igualdade e diferença entre as pessoas que são sujeitos de direito e, portanto, iguais entre si, mas ao mesmo tempo diferentes (na altura, peso, crença, nível de estudo, gênero). “A regra valorativa que aprioristicamente os igualará ou os distinguirá será sempre uma regra de pré-conceito”.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 241.

⁴¹⁰ *Ibidem*. p. 242.

⁴¹¹ Por *hard cases* entende-se casos que não tem resposta clara conforme uma regra de Direito e, portanto, dependem do poder discricionário do juiz para solucioná-lo. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129 e ss).

⁴¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 120.

⁴¹³ UNIÃO EUROPEIA. *Fundamental Rights Agency (FRA)*. Disponível em: <http://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/21-nao-discriminacao#:~:text=1.,2..> Acesso em: set/2024.

⁴¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 123.

Conforme já abordado no tópico sobre discriminação, o ponto de partida para a presença adequada do princípio da igualdade é sempre o fator “*discrímen*”, havendo ligação entre ele e o tratamento diverso, a norma ou conduta deve ser compatível com o princípio da igualdade e o inverso também é verdadeiro.⁴¹⁵

Há exigência de controle para constatar a presença ou não do fator “*discrímen*”. Isto porque, a norma não pode proibir abstratamente:

A posição do jurista face às normas de conteúdo interventor não pode reconduzir-se, em abstracto, à sua defesa ou ao seu combate; essa é uma posição ideológica - que nem sequer tem o mérito de ser clara e reconhecível nos seus pressupostos e objectivos, em muitos casos - cujo valor de análise é nulo. Há que procurar determinar a correspondência das formas jurídicas com as formas económicas e sociais, analisando o sentido da respectiva evolução histórica; mas, só em concreto, face a uma dada ordem jurídica. se podem analisar os quadros que ela estabelece para a actividade económica privada e só face a eles é possível retirar conclusões sobre a legitimidade, e a sua medida, da intervenção estatal.⁴¹⁶

Teodora García destaca que a liberdade do testador está limitada ao princípio de não discriminação e, que havendo disposição discriminatória, essa será nula, motivo pelo qual o testador deve levar em consideração os bons costumes antes de impor condições ao recebimento da herança pelos sucessores⁴¹⁷. Além disso, menciona a necessidade de ponderação de princípios diante da colisão a direitos fundamentais, por ocasião da sucessão:

En definitiva, si la cuestión se ha de resolver en términos de principios, como sucede en muchos supuestos de colisión de derechos fundamentales, se trata de una cuestión de ponderación y de límites que, en el caso concreto, derivará en la prevalencia de aquel de los derechos en liza que “pese” más, sabiendo como sabemos y hemos ya recordado aquí, que el peso de la libertad del disponente es, en el caso de las liberalidades mortis causa, muy alto; más alto, desde luego, que en los supuestos donde esté en liza la libertad contractual de cada parte, pues en estos últimos la de uno puede estar, y normalmente lo estará, limitada por la del otro; en cambio, en el caso de la libertad de testar el destinatario de la atribución ni está amparado por un derecho de libertad análogo (como no sea el de decidir si la acepta o si no la acepta), ni tiene derecho a ella antes de que el causante fallezca.⁴¹⁸

⁴¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Igualdade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 2, Abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-2/igualdade>

⁴¹⁶ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 41.

⁴¹⁷ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 32 e 40.

⁴¹⁸ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 40.

Por outro lado, há entendimentos de que a liberdade de testar possibilita ao dono do patrimônio retribuir o auxílio que muitas vezes teve em vida de um dos herdeiros e, até mesmo de pessoas que não possuem vínculo sanguíneo com este, neste caso não haveria discriminação, é uma das ponderações de Maria Paz Sánchez González:

[...] para un número de autores no desdeñable, el actual sistema puede dar lugar a unos resultados contrarios a la equidad, pues no parece justo que se atribuyan a determinados parientes, simplemente por serlo, una porción de los bienes hereditarios que, tal vez, deberían corresponder a quienes, sin estar unidos por vínculos de sangre, han estado más próximos al testador velando por sus necesidades.⁴¹⁹

Além disso, “estando-se diante de um uso de critério vedado, aumentam as exigências para que o critério diferenciador seja aceito como justo e proporcional.”⁴²⁰

Em análise do caso que discutiu o sistema de cotas com reserva de vagas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, baseadas no critério étnico-racial como política de ações afirmativas, o Ministro Ayres Britto fez importante colocação acerca da noção de igualdade para conter discriminação, especialmente a racial, objeto do julgamento:

A palavra igualdade só tem sentido para quem sofre discriminação, para quem é desfavorecido por baixo, porque quem é favorecido historicamente, culturalmente, não se considera igual não, considera-se superior. Daí a infâmia de tantas piadas, de tantas comparações detrimetosas contra as pessoas injuriosas, contra as pessoas negras.⁴²¹

Portanto, “o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto *proibição de discriminações* que atinjam intoleravelmente a *dignidade*

⁴¹⁹ GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. Límites constitucionales a la libertad de testar. In ALOY, Antoni Vaquer; GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez; Capdevila, Esteve Bosch. *La Libertad de testar y sus límites*. Marcial Pons: Madrid, 2018, p. 10.

⁴²⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 395.

⁴²¹ BRITTO, Ayres. Debate no julgamento do RE 597285 / RS p. 73. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>

humana dos discriminados”⁴²² ou, na visão de Mota Pinto, a liberdade deve prevalecer sobre a igualdade enquanto ninguém estiver com direito de personalidade atingido⁴²³.

4.1.2.2 Dimensão positiva: mandamento de tratamento de igualdade

Ao contrário da discriminação que não carrega neutralidade, diferenciação é termo neutro, remete à norma de tratamento desigual e, portanto, pertence à dimensão positiva do princípio da igualdade.⁴²⁴ A dimensão positiva abarca a filosofia aristotélica acerca do dever de “tratar igualmente os iguais e, desigualmente os desiguais”, a normativa jurídica acolhe essa filosofia e impõe uma obrigação de tratamento igualitário naqueles termos.⁴²⁵

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”⁴²⁶ A partir dessa noção tem-se a igualdade substancial, que remete ao tratamento desigual, conforme a desigualdade.⁴²⁷

O dever específico de igualdade de tratamento se apresenta, no entanto, se “houver razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos” desde que “essa conduta não permita determinados tipos de discriminação”⁴²⁸

A maioria dos casos envolvendo violação do direito à igualdade diz respeito a tratamentos discriminatórios, ou seja, na conduta de “proceder a diferenciações sem

⁴²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 295.

⁴²³ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 371 e 374.

⁴²⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 235.

⁴²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ, p. 12 Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf

⁴²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 86.

⁴²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed. Almedina: Coimbra, 2001, p. 270.

fundamentação jurídica (ratio), sejam elas baseadas em sexo, credo, orientação sexual [...]”⁴²⁹

Essa dimensão se relaciona diretamente ao princípio da diferença. Boaventura de Souza Santos diferencia o princípio da igualdade que “opera através da hierarquia entre unidades homogêneas”, enquanto o princípio da diferença “opera através da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas”.⁴³⁰

Alexy aprofunda essa máxima e propõe duas normas: uma de tratamento igual e outra de tratamento desigual: A primeira prevê que “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”. A norma de tratamento desigual, por sua vez, ensina: “Se não há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.”⁴³¹

A constatação da razão suficiente ou não para a diferenciação ou tratamento igual dependerá de análise de proporcionalidade do caso⁴³², nesta desse a dimensão positiva estaria presente na possibilidade do testador privilegiar filhos com menores condições econômicas, por exemplo, ou ainda, herdeiros necessários que se enquadram em casos de vulnerabilidade, tais como pessoas com deficiência, idosos ou crianças e adolescentes.

4.1.3 A eficácia do princípio da igualdade nas relações interprivadas

Como já mencionado em tópico anterior⁴³³, o debate sobre o *Drittwirkung* teve início nas relações de trabalho, em que há dois particulares e evidente desigualdade de poder, revelando possibilidade do mais forte restringir direitos fundamentais do

⁴²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 90

⁴³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ, p. 8 Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf

⁴³¹ ALEXY, P. 395-398 (steinmetz, p.228)

⁴³² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 239.

⁴³³ A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, *Drittwirkung*, foi objeto de análise em tópico anterior (3.1.2). Neste tópico, objetiva-se compreender a eficácia do princípio da igualdade nas relações entre particulares, já que alguns autores o colocam em categoria diversa e específica, quanto à sua eficácia, em virtude da dupla dimensão exercida.

mais fraco, por exemplo na imposição de trabalhadoras não se casarem e permanecerem sem filhos⁴³⁴.

Para além das relações de trabalho também foi notada a desigualdade de poder entre contratantes, na ótica do direito contratual, atingindo inclusive o direito das sucessões através da pergunta que é base deste estudo: “Em que medida um testador pode privilegiar determinados legatários em detrimento de outros?”⁴³⁵

Teodora García e María Rubio correlacionam a colisão entre princípio da igualdade e liberdade de testar ao “direito a não sofrer discriminação” e, em que pese compreenderem que tal colisão é derivada da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais, entendem pela impossibilidade de resolver tal colisão com os mesmos critérios.⁴³⁶

[...] As tensões entre direitos fundamentais somente podem ser dirimidas em concreto, uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo. O legislador dificilmente conseguirá apreender toda a complexidade cultural e social das relações jurídicas interindividuais, sobretudo em um país de dimensões continentais, de modo que sempre será imprescindível uma margem de atuação e concretização por parte dos juízes.⁴³⁷

Na Alemanha há posicionamento majoritário pela negativa da eficácia do princípio da igualdade nas relações entre particulares, a fim de não prejudicar a autonomia privada.⁴³⁸

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, autor espanhol, entende que o princípio da igualdade integra a ordem pública limitando a autonomia privada, de modo que os particulares devem respeitar o princípio da igualdade em todos os negócios jurídicos, inclusive nos testamentos, em razão disso, a autonomia privada opera em diferentes graus de eficácia.⁴³⁹

Para Ana Prata a eficácia do princípio da igualdade está delimitada aos casos em que “a validade da manifestação de vontade privada esteja dependente de

⁴³⁴ Ibidem, p. 41.

⁴³⁵ Ibidem, p. 42.

⁴³⁶ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. La libertad de testar: *El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 20143, p. 30 e 31.

⁴³⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p.169.

⁴³⁸ STEINMETZ, *op cit.*, p. 347.

⁴³⁹ Ibidem, p. 349.

fundamentação, ou àquelas em que, sendo discricionária, o seu autor tenha situado a sua motivação num fundamento contraditório com o princípio da igualdade”⁴⁴⁰.

Wilson Steinmetz entende pela impossibilidade de enquadrar o princípio da igualdade na mesma classificação das teorias da eficácia dos direitos fundamentais, visto que caso aplicada a teoria da eficácia mediata ele ficaria condicionado às medidas legislativas e judiciais; e a teoria da eficácia imediata faria com que ele se vinculasse diretamente às relações entre particulares, o que na visão do autor é prejudicial, já que essa vinculação precisa ser modulada, em observância a outros direitos fundamentais em jogo.⁴⁴¹

A escolha da teoria da eficácia do princípio da igualdade às relações entre particulares implica diretamente na construção da presente tese. O testamento foi inclusive usado como exemplo para o debate dessa questão no direito português:

No caso de um testamento, por exemplo, se considerarmos que o princípio da igualdade vincula directamente, havendo uma cláusula que viole este princípio, parece ser de considerar que o testamento é inválido. Se, por outro lado, considerarmos que o princípio da igualdade não vincula, a eventual invalidade do testamento terá de ser apreciada em função da violação de outros direitos fundamentais.⁴⁴²

Na relação indivíduo-Estado, a igualdade de tratamento é elemento essencial, pois o Estado possui obrigação neste sentido, mas quando se trata de relação entre particulares (indivíduo-indivíduo) “parece que ele deverá poder, arbitrariamente, escolher contratar com uma ou outra pessoa, sem justificações nem preocupações igualitárias, sob pena de haver uma restrição excessiva de sua autonomia”.⁴⁴³

José Carlos Vieira de Andrade, autor português, defende a espontaneidade individual, dispensando a rigidez de uma igualdade. Nessa linha, o Direito Civil possibilita o exercício da liberdade de doar, testar, contratar, sem a necessidade de condicionar essa vontade com base em racionalidade, exceto as cláusulas

⁴⁴⁰ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 142.

⁴⁴¹ STEINMETZ, *op. cit.*, p. 346-347.

⁴⁴² CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 49.

⁴⁴³ CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 44.

testamentárias que condicionam o recebimento do legado a situações desarrazoadas e que restrinjam direitos individuais do sucessor⁴⁴⁴.

É exatamente esse o cerne da presente pesquisa: a garantia do exercício da liberdade de testar como máxima, mas encontrando limitação se contrária à Dignidade e igualdade do sucessor.

4.2 O REEXAME DA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA EM FACE DA IGUALDADE DE TRATAMENTO

A sucessão por morte provoca sentimento de imortalidade, o ato de deixar bens para os filhos é como se deixasse um pouco de si mesmo.⁴⁴⁵ O Direito Sucessório Brasileiro sempre buscou conciliar a liberdade de testar do proprietário com a proteção da família, e optando por uma liberdade limitada de testar.⁴⁴⁶

Não obstante, a crítica segundo a qual, nas sociedades contemporâneas, os laços familiares se afrouxaram, a intangibilidade da legítima goza de ampla aceitabilidade social entre nós. Por legítima entende-se parte da herança “reservada”, por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no art. 1.845, do Código Civil: descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente⁴⁴⁷. Significa dizer que caso a pessoa deseje testar todos os seus bens, só poderá fazê-lo se não possuir descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente.

Não obstante, a crítica segundo a qual, nas sociedades contemporâneas, os laços familiares se afrouxaram, a intangibilidade da legítima goza de ampla aceitabilidade social entre nós. Por legítima entende-se parte da herança “reservada”, por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no

⁴⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 294-295.

⁴⁴⁵ TERRÉ, François *apud* RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 430.

⁴⁴⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 430.

⁴⁴⁷ O Código Civil não inclui o companheiro sobrevivente no rol de herdeiros necessários. Atualmente, a matéria é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Cf. RE nº 878.694/MG, do Supremo Tribunal Federal.

art. 1.845, do Código Civil: descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente⁴⁴⁸. Significa dizer que caso a pessoa deseje testar todos os seus bens, só poderá fazê-lo se não possuir descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente.

O direito brasileiro estabelece entendimento de conciliar a liberdade de testar do proprietário com a proteção da família, optando por uma liberdade limitada de testar. Não obstante a crítica segundo a qual, nas sociedades contemporâneas os laços familiares se afrouxaram⁴⁴⁹, a intangibilidade da legítima⁴⁵⁰ goza de ampla aceitabilidade social.

A política legislativa nacional rende-se à limitação do direito fundamental à liberdade de testar, por meio de regras infraconstitucionais, desenhando um limite imanente, através da teoria interna. Esta teoria interpreta tais limitações por meio do modelo de suporte fático restrito, servindo de autolimitação dos direitos fundamentais. Diversamente, tem-se a teoria externa, cujo ponto de partida é um suporte fático amplo, que confere a princípios e regras, muitas vezes em colisão, definir o conteúdo do direito fundamental. As restrições são moldadas por elementos que lhe são externos mediante aplicação da regra da proporcionalidade.

O embate entre as duas teorias pouco tem ocupado lugar na civilística atual. Mostra-se, contudo, incoerente que diante da já proclamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as teorias internas e externas estejam à margem do direito privado.

4.2.1 Dentro ou Fora? A discussão teórica da limitação à liberdade de testar

A liberdade é um direito fundamental, classificado para fins didáticos como de primeira geração, as primeiras concepções formais de direito tinham por objetivo proteger o cidadão do Estado Absolutista, transformando a liberdade em pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais. Assim, a liberdade se releva nas Constituições contemporâneas sob duas perspectivas: uma que autoriza o Estado a impor limites às liberdades individuais para garantia de direitos da coletividade, e

⁴⁴⁸ O Código Civil não inclui o companheiro sobrevivente no rol de herdeiros necessários. Atualmente, a matéria é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Cf. RE nº 878.694/MG, do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, 2007, p. 53 e 54.

⁴⁵⁰ Legítima é a parte da herança “reservada”, por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no art. 1.845, do Código Civil.

outra que protege o indivíduo do arbítrio estatal na realização de certos direitos⁴⁵¹. Entretanto, a liberdade não consiste apenas em uma “liberação da intervenção estatal”, exerce também uma tarefa de cuidado e segurança social por parte do Estado⁴⁵².

Nesse contexto, não é possível considerar que os direitos fundamentais são absolutos⁴⁵³, mas, relativos; necessária, portanto, a imposição de limites, em especial, à liberdade, já que, se ilimitada, poderia resultar em um exercício desequilibrado que afetaria outros direitos fundamentais. Essas limitações podem resultar da própria Constituição, de forma imanente, ou da colisão com outros direitos. Por outras palavras, os limites podem ser encontrados intrinsecamente na própria norma que garante um direito fundamental (como é o caso do exercício da liberdade de assembleia para reuniões pacíficas e da proibição de associações com fins ilícitos), ou em elementos que lhe sejam externos.

Esses limites não surgiram no direito constitucional, correspondem à teoria do abuso do direito discutida no âmbito do direito civil especialmente por Planiol, Ripert e Josserand há muitos anos, na França⁴⁵⁴.

Proclamando a máxima “o direito cessa quando o abuso começa”, Planiol⁴⁵⁵ opunha-se à limitação dos direitos subjetivos, delineados pela teoria do abuso do direito. Afirmava o autor que esta denominação não passava de uma “logomaquia”, propiciada pela contradição entre “abuso” e “direito”⁴⁵⁶, pois um ato não poderia ser ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Se há exercício deste último, não pode haver qualquer responsabilidade por isso, já que se trata de um ato lícito. No entanto, se o agente ultrapassa o exercício de um direito, verifica-se um excesso, de modo que passa a atuar sem direito. A partir de então, configura-se como ilícito, cuja consequência imediata não pode ser outra, senão, a responsabilidade.

⁴⁵¹ SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, Liberdade e Justiça*. Curitiba: Íthala, 2017, p.11-59, p. 13.

⁴⁵² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

⁴⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 127.

⁴⁵⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78.

⁴⁵⁶ Idem.

As proposições de Ripert⁴⁵⁷ reduziram o abuso do direito a um aspecto moral, restringindo-o à intenção de prejudicar. Deste modo, o ato abusivo deixou de ser um simples problema de responsabilidade civil, para assumir o relevo de uma "moralidade no exercício dos direitos". Assim, os direitos subjetivos não poderiam ser utilizados para violar a moral, não se caracterizando na ilegitimidade de motivos que o cercam, mas apenas na intenção de prejudicar.

As teorias até então expostas conceberam o ato abusivo como um acidente, que ocorre no momento do exercício de um direito subjetivo, apresentando-se uma verdadeira independência entre ambos. Há nisto uma teoria que não reage sobre o fundamento e sentido daquela prerrogativa individual, mas que se revela como seu limite externo⁴⁵⁸. Em crítica a esta concepção, Josserand⁴⁵⁹ concluiu que o jogo de palavras, proclamado por Planiol, decorre da elasticidade do termo "direito", sendo melhor se falar de "desvio do direito" ao invés de abuso do direito. Ao enunciar "o espírito dos direitos e sua relatividade", parte da concepção de direito subjetivo proposta por Ihering, como "interesse juridicamente protegido"⁴⁶⁰ afirmando que todas as prerrogativas são sociais em sua origem e têm uma missão própria a cumprir com vistas a delinear o "espírito da instituição"⁴⁶¹. O fim social presente em cada direito coloca até mesmo aqueles direitos de caráter mais "egoísta" a serviço da coletividade, e de tal modo que, quando há o desvio desta função social, ou de seu espírito, ocorre abuso do direito. Trata-se da teoria finalista, segundo a qual o ato abusivo passa a ser explicado com base no elemento interno do direito subjetivo: seu fim social ou econômico. Erige-se a teoria interna de limitação aos direitos subjetivos, que transitou para o fenômeno de funcionalização dos direitos subjetivos, do qual não destoam os direitos fundamentais. Aliás, a função social permite estabelecer os limites imanentes ao direito fundamental à liberdade de testar, relacionando direito público e direito privado:

...quando se fala na 'função social' dos direitos fundamentais, pretende-se, sobretudo, acentuar o abandono da uma 'visão unilateral' da liberdade como direito individual. Quer dizer, se o conteúdo do direito resulta hoje determinado pela sua inscrição no 'real', isto é, pela sua função jurídica 'ético-

⁴⁵⁷ Apud PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 93.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 79.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 95.

⁴⁶¹ Idem.

social', então é essa função social que permite determinar os 'limites imanentes' dos direitos fundamentais.⁴⁶²

A discussão teórica, que ocupou o desenvolvimento dos direitos subjetivos, não permaneceu alheia aos direitos fundamentais. Ela corresponde a um processo de definição dos limites daqueles direitos, recebendo o nome de “teoria interna” e “teoria externa”, respectivamente. A primeira sustenta que o direito e seus limites são unidos, tal como “limites imanentes”, uma vez que tais limites estariam contidos no próprio direito⁴⁶³. Já a segunda aponta que o direito fundamental está destacado de suas restrições, que escapam ao seu conteúdo, e residem em seu exercício no caso concreto. Para aquela, a fixação dos limites de um direito é um processo interno, que não se deixa influenciar por aspectos externos, conferindo-lhe sempre a estrutura de regras⁴⁶⁴. Para esta, colisões, sopesamentos ou ponderações em relação a outros direitos lhe são característicos e tem como principal regra de solução a proporcionalidade⁴⁶⁵.

Para adentrar às características da teoria interna é necessário abordar alguns conceitos que, uma vez entendidos, facilitam a sua compreensão e conceituação. O primeiro deles é o suporte fático. Trata-se, como o próprio nome sugere, de um fato que dá suporte para algo, como similar à hipótese de incidência no direito tributário e à tipicidade (tipo) no direito penal⁴⁶⁶. Para definir o suporte fático devem ser feitas as seguintes perguntas: “o que é protegido?”; “contra quem é protegido?”; “qual a consequência jurídica que poderá ocorrer?”; “o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”⁴⁶⁷.

O âmbito de proteção e a intervenção estatal são componentes do suporte fático dos direitos fundamentais. “A definição do âmbito de proteção responde à pergunta acerca de que atos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma

⁴⁶² QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 147-148.

⁴⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 128.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁶⁶ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos Fundamentais e Suporte Fático: Notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009, p. 68.

⁴⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p.71.

que garante referido direito”⁴⁶⁸. Já a intervenção estatal, diz respeito à ação do estado no âmbito de proteção de uma liberdade, quando se trata de uma dimensão negativa das liberdades públicas. Na esfera dos direitos sociais este conceito é modificado, visto que há omissão estatal ou ação insuficiente ⁴⁶⁹.

Para Alexy e Borowski ⁴⁷⁰, os elementos do suporte fático são estritamente os indicados acima, quais sejam: âmbito de proteção e intervenção estatal. Virgílio Afonso da Silva vai além; não obstante aceite os dois elementos, estabelecidos por aqueles autores, transita para um modelo alternativo, ao acrescentar um terceiro elemento: a “não fundamentação constitucional”. Para este autor, os dois primeiros elementos não são suficientes para que se configure o suporte fático hábil que permite a consequência jurídica do direito de liberdade; é preciso acrescentar a “não fundamentação constitucional”, pois, se tal fundamento estiver presente, não haverá violação, mas restrição ao direito constitucional, o que impediria a ativação da consequência jurídica. Por conseguinte, a asserção de Alexy e Borowski é acolhida por Virgílio Afonso da Silva, mas, com ressalva que quando eles se atêm ao “suporte fático”, restringem-se a composição dual ⁴⁷¹.

Há dois tipos de suporte fático, um amplo e outro restrito ⁴⁷². A escolha por um ou outro tem consequência direta no controle das restrições aos direitos fundamentais e influência direta na eficácia das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais ⁴⁷³. A base lógica para a compreensão da diferença entre um e outro é o preenchimento da cláusula de restrição, ou seja, para a proteção definitiva de um direito fundamental é necessário que o suporte fático esteja preenchido e a cláusula de restrição não; por sua vez, para que não haja proteção definitiva, o suporte fático não pode estar preenchido ou a cláusula de restrição precisa estar ⁴⁷⁴.

Toda teoria que se baseia no suporte fático restrito é caracterizada pela não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam estar inclusas no âmbito de proteção e, deste modo, essas teorias precisam fundamentar o que deve

⁴⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 72.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 77.

⁴⁷⁰ Apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Op cit.*, p. 74.

⁴⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op cit.*, p. 74.

⁴⁷² SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos Fundamentais e Suporte Fático: Notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009, p. 69.

⁴⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op cit.*, p. 79.

⁴⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012, p. 308.

ou não ser incluído no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, além de definir a extensão do conceito de intervenção estatal. Já no modelo do suporte fático amplo, há uma mudança de foco para, ao invés de ater-se à definição do âmbito de proteção e da intervenção estatal, a argumentação passa a ser no momento da fundamentação da intervenção, ou seja, o suporte fático amplo se isenta das tarefas realizadas pelo suporte fático restrito⁴⁷⁵.

A teoria interna liga-se à noção de suporte fático restrito. Para essa teoria, não existe diferença entre o direito fundamental e seus limites, uma vez que os limites dos direitos fundamentais se confundem com o próprio direito. Assim sendo, na perspectiva da teoria interna quando se conceitua um direito, na verdade já está se definindo os seus limites⁴⁷⁶.

Friedrich Müller é um dos autores que defende o suporte fático restrito para os direitos fundamentais, através de sua teoria denominada “teoria do alcance material”, pela qual entende que nenhum direito fundamental é ilimitadamente garantido⁴⁷⁷. Para referido autor, é preciso delimitar a amplitude fática dos direitos fundamentais; propositadamente utiliza o termo delimitação que deriva de limites, mas não menciona o termo restrição, pois em seu entendimento, restrição corresponde a algo externo aos direitos fundamentais, para ele não há necessidade de saber os meios pelos quais um direito fundamental pode ser restringido, mas sim, verificar a extensão da validade de uma norma. Por isso, defende que a solução pode ser encontrada na própria norma⁴⁷⁸.

Rudolf Smend e Peter Häberle também trabalham com a ideia de suporte fático restrito, sendo que em suas teses retiram do âmbito de proteção o que for abrangido por leis gerais; entretanto é preciso diferenciar o que Smend denominou “generalidade material” e “generalidade objetiva”, já que a generalidade material, ao verificar se as leis estão na mesma hierarquia com os direitos fundamentais, pressupõe sopesamento ao analisar as prioridades e, por isso, não pode ser configurada como suporte fático restrito; a generalidade objetiva, por sua vez, liga-se

⁴⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 94.

⁴⁷⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Teoria interna: disciplina Regulação de Direitos Fundamentais – Mestrado UniBrasil*. 2019. 4 f. Notas de Aula. Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Curitiba, 23 out. 2019.

⁴⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original Theorie der Grundrechte, p. 309-310.

⁴⁷⁸ MÜLLER apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 86-87.

à teoria do suporte fático restrito, pois, para o autor, uma lei é objetivamente geral quando não há restrições legais específicas à liberdade de expressão⁴⁷⁹,⁴⁸⁰.

A teoria externa separa o direito em si de suas restrições. Para tanto, considera que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípio, o que lhes garante um amplo suporte fático. São um mandado de otimização *prima facie*, isto é, ilimitado, mas que pode ser restringido por princípios ou regras que lhe sejam colidentes. Isto significa que seu conteúdo somente é definido, após sopesamento ou aplicação da regra de proporcionalidade, resultando em uma limitação que ocorre a partir do exterior do direito⁴⁸¹. Deste modo, há restrições baseadas em regras, que estão presentes na legislação infraconstitucional, proibindo uma conduta que é permitida por meio de um direito fundamental ou que autorizam a ação estatal⁴⁸². E restrições baseadas em princípios, que ocorrem quando o juiz decide no caso concreto qual princípio deverá prevalecer⁴⁸³. Não obstante, as restrições por princípios ora se apresentem com um sentido formal, elas revelam a premissa da qual parte a teoria externa: os direitos fundamentais têm suporte fático amplo e as restrições que se lhe opõem são produtos de sopesamento com princípios colidentes. Por conseguinte, a teoria externa transita para a aplicação da regra da proporcionalidade.

Na aplicação dessa regra, segue-se uma sequência lógica de princípios, que parte da adequação: ordena que se verifique no caso concreto, se a restrição operada ao direito fundamental é útil e idônea ao fim que com ela se pretende alcançar. Se for adequada, entra em jogo a necessidade, avaliando se a restrição ao direito fundamental é o meio menos gravoso de alcançar o fim que se pretende no caso

⁴⁷⁹ SMEND apud ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original *Theorie der Grundrechte*, p. 317.

⁴⁸⁰ HÄRBELE apud ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original *Theorie der Grundrechte*, p. 317.

⁴⁸¹ MÜLLER apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 139-140.

⁴⁸² Neste sentido, é possível exemplificar a Lei n. 9.612/98, que, ao proibir o “proselitismo de qualquer natureza”, restringe a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa; e a Lei n. 4.595/64, que prevê a quebra do sigilo bancário em algumas hipóteses, restringindo o direito à privacidade (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 141).

⁴⁸³ MÜLLER apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 142.

concreto. Em última instância, considera-se a proporcionalidade em sentido estrito: traduz a proporção entre a restrição ao direito fundamental e o fim pretendido⁴⁸⁴.

A título de comparação, a diferença entre a teoria interna e a teoria externa se dá na medida em que a teoria externa pressupõe a necessidade de restrição a direitos fundamentais, enquanto a teoria interna se utiliza dos limites imanentes, ou seja, implícitos ou explícitos na própria Constituição⁴⁸⁵. Portanto, um suporte fático mais restrito dá base à teoria interna, o qual dispõe sobre a existência de limites aos direitos fundamentais imanentes no próprio direito, por meio de regras. Atente-se, ainda, para a incompatibilidade entre os limites imanentes e o sopesamento, pois a teoria interna, uma vez que se constitui em uma autolimitação, faz com que as colisões deixem de existir⁴⁸⁶.

Considerando que a liberdade de testar é um direito fundamental, indaga-se por sua limitação baseada na teoria interna e na teoria externa. Com base na primeira, seria possível revelar seus limites imanentes, que são revelados pelo intérprete, como adiante se faz com base na intangibilidade da legítima. Com apoio na segunda, torna-se possível indagar por suas restrições, à luz dos interesses dos sucessores, igualmente tutelados por outros direitos fundamentais.

4.2.2 A Intangibilidade da Legítima e o Direito Fundamental à Liberdade de Testar: Limites Imanentes?

Liberdade e legalidade conjugam-se na definição do fenômeno sucessório. Sob os contornos da primeira, o princípio da autonomia privada fundamenta a atribuição sucessória; sob os contornos da segunda, o legislador define a atribuição sucessória, mediante a destinação da herança às pessoas com as quais o falecido mantinha laços familiares mais estreitos. Nesta perspectiva, propriedade e família se separam para organizar a sucessão hereditária⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212 e ss.

⁴⁸⁵ MÜLLER apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 79-80; p. 131.

⁴⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *op cit.*, p. 79-80 e p. 165.

⁴⁸⁷ TERRÉ; LEQUETTE apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 430.

A sucessão hereditária encontra fundamento na família e suas funções, pois durante a vida do sucedido parentes próximos fruíram de seus bens, nutrindo a expectativa que essa fruição não se esgotasse com a morte de seu titular⁴⁸⁸. Trata-se do princípio de solidariedade, que se traduz no campo sucessório, pela acolhida dos herdeiros necessários. Constitui-se em justificativa de cunho moral, que funcionaliza a transmissão dos bens para depois da morte a um patrimônio familiar.

Contemporaneamente, o afrouxamento dos laços familiares, caracterizado pelos filhos que cedo saem da casa paterna, leva Diogo Leite Campos a indagar se os herdeiros necessários ainda seriam dignos de tal tutela. Pois a saída da casa dos pais “contribui para um processo de perda do significado de um patrimônio familiar, gera-se uma maior autonomia patrimonial, de fato entre os parentes mais próximos, diminuindo as razões de uma expectativa hereditária”⁴⁸⁹.

Isso leva para o acolhimento de uma liberdade plena de testar pelo titular dos bens⁴⁹⁰, passando-se à propriedade e à liberdade de sua transmissão como justificativas da sucessão hereditária. Depositar no dado econômico o fundamento da herança equivale a retratá-la como condição de exploração econômica dos bens, vinculando-o ao “individualismo proprietário”⁴⁹¹. É da essência da propriedade que ela seja transmitida aos seus herdeiros, conferindo-se à herança o caráter de perpetuidade e de relegar a sucessão à vontade do *de cuius*. Conforme afirmam Terré e Lequette, “a propriedade precede à herança”, mas é conveniente considerá-la como seu fundamento?⁴⁹²

Em sistemas individualistas, a devolução voluntária prevalece, mas, se imperam considerações morais e de ordem familiar, a sucessão legal tem preferência. Ainda que se dê preferência à sucessão voluntária, há devolução legal, que exerce

⁴⁸⁸ CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.], p. 466.

⁴⁸⁹ Ibidem, p. 467.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 467.

⁴⁹¹ “O modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema. Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva e instituto jurídico, compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico-formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente.” (CORTIANO JR., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85).

⁴⁹² TERRÉ; LEQUETTE apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 430.

papel subsidiário naqueles casos em que alguém faleça sem deixar testamento ou este seja inválido ou parcial. No entanto, resta à vontade do *de cuius* um quadro mais limitado para seu desenvolvimento ⁴⁹³.

A conjugação do dado familiar com o dado econômico direciona o direito sucessório brasileiro, isto é traduzido pelo princípio da intangibilidade da legítima, ao conciliar a liberdade de propriedade com a proteção da família. A liberdade de testar decorre da garantia da propriedade como direito fundamental, previsto no artigo 5º, XXII, e da concretização da livre iniciativa no direito sucessório, acolhida pelo artigo 1º, IV, da Constituição da República. Não obstante encontre amparo constitucional, a liberdade de testar é limitada. Ao se garantir à família metade dos bens do *de cuius*, o Estado a concede proteção especial, prevista no artigo 226, da Constituição da República. Deste modo a família não fica desamparada com a morte do sucedido, em favor da solidariedade familiar, que não se traduz em mero dever de caráter moral, mas em um dever que decorre da alteridade. ⁴⁹⁴

A fundamentação, acima exposta, impõe uma constatação: a família e a propriedade passam por um processo de funcionalização e socialização, ao qual o direito das sucessões permanece alheio. ⁴⁹⁵ Trata-se de uma incoerência que já foi levantada por Michel Grimaldi, ao ponderar que o legislador deve se dar conta do risco de incoerência entre as reformas da família, no plano pessoal, sem retirar delas as consequências patrimoniais, pois a contrariedade entre uma regra pessoal e outra, patrimonial, poderia revelar a não efetividade desta ou daquela ⁴⁹⁶.

A resposta para essa questão pode ser localizada no princípio da unidade da sucessão e a conseqüente neutralidade conferida ao direito sucessório ⁴⁹⁷. Historicamente, conferia-se ao testamento um papel diverso ao desempenhado na

⁴⁹³ TERRÉ; LEQUETTE apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski ; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 430.

⁴⁹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46.

⁴⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 55.

⁴⁹⁶ GRIMALDI apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 432.

⁴⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 55.

atualidade. Eduardo de Oliveira Leite⁴⁹⁸ e Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁹⁹ demonstram que no direito pré-codificado a utilização do testamento era preponderante, deixando-se à sucessão legítima um papel subsidiário. Não era um instrumento utilizado apenas pelas elites, pois pessoas menos favorecidas e a população negra dele se utilizavam seja para beneficiar pessoas da família, seja para dispor quanto aos cuidados com o funeral. O testamento não se restringia a questões patrimoniais, sendo utilizado como instrumento de favorecimento da comunidade familiar e da condição feminina⁵⁰⁰. Contudo, as codificações modernas elevaram o testamento a um instrumento da vontade individual burguesa, e submeteram a pluralidade sucessória do Antigo Regime à unidade de sucessão, restando a herança como uma universalidade de direito.⁵⁰¹ Deste modo, o direito sucessório foi regulado sob perspectiva exclusivamente patrimonial, como instrumento de conservação e transmissão da riqueza, sem importar a pessoa do sucessor ou a qualidade dos bens transmitidos.⁵⁰²

Neste contexto, o testamento mostra-se intangível à funcionalização da autonomia privada e da qual ele é um instrumento, de tal modo, a suscitar um poder quase absoluto do testador, como atesta Maria Berenice Dias:

Na sucessão testamentária, o poder discricionário do titular é quase absoluto. Ao fim e ao cabo, como é ato de liberalidade, o testador pode quase tudo. [...] O titular do patrimônio brinda quem quiser, podendo condicionar o recebimento de direito da forma como lhe aprouver. Ao contrário do que acontece com a herança, cuja transmissão é sempre imediata, na sucessão testamentária tem o testador a liberdade de subordinar o recebimento da herança a termos, condições e encargos, tal qual os impostos aos negócios jurídicos...⁵⁰³

Não se examina a tensão “entre a liberdade do testador e a solidariedade”⁵⁰⁴, restando intacta a concepção clássica de autonomia da vontade, como uma vontade livre tendencialmente ilimitada. Ocorre que este elemento de cunho psicológico não

⁴⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300.

⁴⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300.

⁵⁰¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 56-58.

⁵⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 55.

⁵⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 337.

⁵⁰⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 51.

está totalmente ausente na sucessão legítima, uma vez que configura como seu fundamento, ao se afirmar que a ordem de vocação hereditária seria baseada na vontade presumida do testador. Tal justificativa encerraria o fenômeno sucessório em um voluntarismo jurídico que se conduz à vontade do testador, quer real ou presumida, o destino de seus bens⁵⁰⁵.

Não obstante, a definição clássica de testamento guarda certa limitação da liberdade de seu titular, uma vez que se realiza nos “limites da lei”:

Testamento é o negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos. (MIRANDA, 2012, tomo LVI, p. 122).

Com efeito, a liberdade de testar possui limites imanentes no Código Civil, visto que há expressamente menção à legítima, isto é, parte do patrimônio protegido e resguardado aos herdeiros necessários⁵⁰⁶ que são os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente⁵⁰⁷, ao dispor em seu artigo 1.789 que “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. De acordo com este artigo, a liberdade de testar é limitada pela reserva da legítima; na falta de herdeiros necessários, a liberdade de testar será plena. O argumento que sustenta tal limitação baseia-se na garantia, aos parentes mais próximos ao autor da herança, de uma proteção patrimonial. Nestes termos, o dado familiar prevalece sobre o dado econômico na disciplina jurídica da sucessão hereditária⁵⁰⁸. A concepção de família

⁵⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.], p. 470.

⁵⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3 ed., São Paulo: Editoral Revista dos Tribunais, 2013, p. 336.

⁵⁰⁷ Apesar do questionamento em Embargos de Declaração no RE nº 878.694/MG sobre a inclusão do companheiro ao rol de herdeiros necessários, pois a decisão declarou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, foram estes rejeitados pelo STF em virtude de não serem objeto da tese de repercussão geral. Portanto, a decisão pela equiparação dos direitos do companheiro ao cônjuge nos termos do art. 1829 do Código Civil não significa sua inclusão no rol de herdeiros necessários (art. 1845 do Código Civil). Sobre o tema, vide: SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada” In *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo*, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

⁵⁰⁸ Giselda Hironaka (2019, p. 492) explica que a proteção à legítima teve origem na Antiguidade, em especial nas sociedades grega e romana. Nessas sociedades o direito do filho ao patrimônio dos pais surgia no seu nascimento e não na morte dos pais; assim sendo, não havia possibilidade do pai dispor do patrimônio a partir do nascimento do filho, este só não receberia a herança apenas em caso de deserdação. A deserdação, por sua vez, era ato de liberalidade do pai e caso decidisse por deserdar o filho, passava a ampliar sua liberdade de testar. Somente a partir do direito romano do império é que passou a ser necessária a reserva da herança para sustento dos familiares com a fixação de regras e motivos específicos para possibilitar a declaração de deserdação do filho, tendo deixado de ser mera liberalidade do pai.

como “comunidade de afeto e entre-ajuda”⁵⁰⁹ ganha repercussão no direito sucessório, atentando-se para as qualidades pessoais dos sucessores. Por outras palavras, protege-se a pessoa em razão de sua posição na família, delineando a devolução sucessória à luz da solidariedade familiar.

Não obstante, a legítima não figure expressamente no texto constitucional, proclama-se que seus pilares nele estão inseridos, dentre os quais: o direito à herança (artigo 5º, XXX, CR), a livre iniciativa (artigo 1º, IV, CR), o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, CR), a proteção à família (artigo 226, CR) e a solidariedade (artigo 3º, I, CR)⁵¹⁰. Ao ser previsto o direito à herança como um direito fundamental, a sucessão legítima passou a prevalecer em relação à liberdade de testar, já que há normas legais que limitam a liberdade de testar e que são impostas ao testador, vale dizer, não são dispositivas. Essa mudança de perspectiva rompe com a recondução do fenômeno sucessório à vontade do testador, passando a assegurar os valores sociais da família e o princípio da solidariedade familiar, em detrimento da autonomia individual que se colocaria em prejuízo dos componentes da família.

Dentre as críticas que se desenham à legítima, tem-se a existência de outras técnicas de proteção da família, e a longevidade da pessoa humana nas sociedades contemporâneas. Em relação ao primeiro, o sistema de seguro social protege os indivíduos de eventos imprevisíveis como doenças e invalidez, os quais ainda podem ser minimizados pelos seguros privados. Em relação ao segundo, o aumento da expectativa de vida das populações aumentou, tardando o momento em que a pessoa herda para cinquenta ou sessenta anos⁵¹¹. Aponta-se para uma ineficácia da legítima nas famílias atuais, posição que é acolhida por Ana Luiza Maia Nevares, ao ponderar que a herança deixa de ser um mecanismo obrigatório de proteção da família⁵¹².

Além disso, a proteção à família é dever do Estado, que deve se preocupar não apenas com a instituição “família”, mas também com cada um de seus membros. Ocorre que, para o direito sucessório não há possibilidade de adequação das regras

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (direito matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 11.

⁵¹⁰ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 337-353, p. 345.

⁵¹¹ KONDILY, Ioanna *apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 47 e sgs.

⁵¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280.

para a especificidade de cada herdeiro, de modo que a proteção da família contida na legislação sucessória nem sempre está de acordo com a proteção da família em relação a cada um de seus membros⁵¹³. Esta proteção, para o direito sucessório, é feita por meio da imposição de limites ao direito de propriedade, tolhendo a faculdade de dispor das coisas, limitando-se a liberdade de testar e doar⁵¹⁴.

É completamente incoerente conceder tamanha proteção à família através da legítima e não buscar mecanismos aptos a impedir que herdeiro necessário seja discriminado no testamento.

O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de discordar da atual figura da legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Flávio Tartuce, Rolf Madaleno e Giselda Hironaka, além dos autores anteriormente mencionados, afirmam a necessidade de revisão da proteção e vedação trazidas ao direito sucessório por meio da legítima. O posicionamento de Giselda Hironaka é pela desnecessidade da existência da legítima ou, ao menos, da sua redução pela metade, ou seja, para 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio do falecido, considerando o mínimo existencial e a fim de evitar “estimular o ócio exagerado por parte dos herdeiros necessários”. Destaca a necessidade de uma análise cautelosa com relação ao grupo de herdeiros vulneráveis (incapazes, com deficiência e ou idosos), pois para estes impõe-se a manutenção da legítima⁵¹⁵. Em um país no qual a legítima goza de ampla aceitabilidade social, tais argumentos suscitam um repensar da intangibilidade sucessória, notadamente, em face da reduzida temporalidade das relações afetivas, o que leva a crer que o patrimônio nem sempre permanecerá na mesma família⁵¹⁶.

Verifica-se, portanto, que há limites imanentes na própria norma, de modo que é possível conjugar a interpretação das normas do direito sucessório com teoria interna da limitação aos direitos fundamentais. Por vezes, confia-se ao legislador

⁵¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280-281.

⁵¹⁴ CORTIANO JR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. A liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, n. 4, Cascavel: NEJUS, p. 2015, p. 41-74, p. 51.

⁵¹⁵ HIRONAKA, Giselda. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo e MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 499-500.

⁵¹⁶ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 337-353, p. 346-347.

infraconstitucional a tarefa de limitar os direitos fundamentais ou autorizar os poderes Executivo e Judiciário a fazê-lo⁵¹⁷. Ao delimitar o suporte fático presente quando se trata da liberdade de testar, percebe-se a existência de vários direitos que se vinculam entre si: o direito à liberdade, o direito de propriedade e o direito à herança. Verifica-se que, ao limitar a liberdade e a disposição do patrimônio para se garantir o direito à herança, tem-se um suporte fático restrito, o que caracteriza a aplicação da teoria interna, uma vez que os limites impostos se confundem com o próprio direito, isto é, sabe-se que o direito de testar a integralidade de bens é garantido, desde que não haja herdeiros necessários; havendo tais herdeiros, a liberdade de disposição é limitada à metade dos bens do testador.

No art. 1.789 do Código Civil que dispõe “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”⁵¹⁸; portanto, a liberdade de testar é limitada pela reserva da legítima e, apenas na falta de herdeiros necessários, referida liberdade será plena.

[...] restringir⁵¹⁹ em parte a livre disposição testamentária do autor da herança – está em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, de garantia da propriedade privada e de livre iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, 5º, inciso XXII e 1º, inciso IV, da Constituição da República.⁵²⁰

O principal argumento que sustenta tal limitação baseia-se na garantia da proteção patrimonial aos parentes mais próximos do autor da herança. “A limitação à liberdade de testar do autor da herança salta aos olhos como intervenção estatal protetiva de vulneráveis”⁵²¹.

A liberdade de testar sofre limitações visto que, no ordenamento jurídico brasileiro há obrigatoriedade em reservar 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros necessários (se houver).

⁵¹⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

⁵¹⁸ BRASIL, Código Civil 2002.

⁵¹⁹ Como nesta pesquisa entende-se que a legítima assume função de limite imanente, prefere-se interpretar e substituir o termo “restringir” por “limitar”.

⁵²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan./fev. 2018.

⁵²¹ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 509-525, p. 516.

Do mesmo teor é o princípio consagrado de limitação à liberdade de testar, pelo qual metade do acervo hereditário deve pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Nesse particular, o cuidado com a prole resultante do matrimônio apura-se a ponto de determinar importante alteração quantitativa da legítima. O Código não se satisfaz com a terça; exige que a reserva seja de metade.⁵²²

Ana Luiza Maia Nevares concentra-se na importância de permitir o direito à herança aos sucessores, destacando a importância e prevalência do princípio da solidariedade familiar em detrimento da liberdade de testar e, levando em consideração ainda, a função social da propriedade:

É preciso verificar se a neutralidade imposta pelo tratamento unitário conferido aos bens integrantes da herança atende à lógica solidarista prevista na Constituição da República Federativa do Brasil. Isto porque a Constituição tutela a propriedade enquanto esta atende a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II e III).⁵²³

A autora destaca a preocupação quanto ao que denomina neutralidade de tratamento entre os herdeiros, ou seja, a forma abstrata e geral que a legislação sucessória prevê a divisão do patrimônio entre os sucessores sem averiguar a necessidade de um em relação a outro. Preocupa-se, ainda, com a função social da propriedade, a qual possui valores patrimoniais e extrapatrimoniais, volta-se à dignidade, à igualdade e a outros princípios constitucionais, para concluir que o destino dado à propriedade recebida por meio de herança interessa ao ordenamento jurídico.⁵²⁴

Pietro Perlingieri, por sua vez, critica as teorias que favorecem o interesse familiar em detrimento do indivíduo, pois “a família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa”.⁵²⁵

O direito à herança, analisado sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, em um primeiro olhar, considerando a relação jurídica de caráter

⁵²² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

⁵²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

⁵²⁴ Ibidem, p. 68.

⁵²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O Direito de Herança e a Liberdade de Testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 69.

sucessório não necessita de prestação positiva fática do Estado – a transmissão do patrimônio de uma pessoa em virtude de seu falecimento aos seus herdeiros/sucessores não depende de ação específica do Estado. Por outro lado, há necessidade de um mínimo de normas que garantam a satisfação desse direito nos casos concretos, por este motivo, considerando a divisão dos direitos fundamentais em gerações (para fins didáticos), o direito à herança faz parte dos classificados como de primeira geração e, portanto, tem como principal função a defesa contra interferências estatais.⁵²⁶

Neste mesmo sentido Judith Martins-Costa, ao comentar sobre o art. 5º, inciso XXX defende:

Trata-se de um *direito de defesa*, pois, ao assegurar a garantia ao direito de herança e, inclusive, revesti-la com a fixidez da cláusula pétrea (art. 60, IV), a Constituição cria uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação ao Estado de abolir o instituto ou restringir excessivamente o direito sucessório.⁵²⁷

Paulo Ricardo Schier afirma que os direitos fundamentais surgem como limitadores à essa interferência do Estado:

Afinal, os direitos fundamentais nascem como espécie de limite (e legitimação) da atuação estatal, o que justifica a sua originária verticalidade. A separação dos poderes protege os cidadãos contra o abuso na atuação material do Estado e na atuação normativa. Esta é a lógica do Estado de Direito. O Poder Legislativo não pode, livremente, negar a Constituição. É por isso que a restrição de direitos fundamentais possui limites materiais e formais, internos e externos. É igualmente por isso que não existe cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciarium benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações.⁵²⁸

Ainda que os próprios direitos fundamentais exerçam função de limitar a atuação estatal, eles não são absolutos – se tais direitos fossem ilimitados haveria um desequilíbrio e um direito fundamental afetaria outro, razão pela qual eles são relativos, ou seja, precisam de limitações⁵²⁹.

Para definir o âmbito de proteção do direito à herança, recorre-se à tese de

⁵²⁶ GOMES, Felipe Lima. “O Direito Fundamental à Herança: Âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização”. *Tese (Doutorado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2015, p. 11.

⁵²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. In CANOTILHO, J.J. G. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva, 2018, p. 365. [digital – minha Biblioteca, UniBrasil].

⁵²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005, p. 119,120.

⁵²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 131 e 127.

doutorado de Felipe Lima Gomes, em que classifica esta tarefa como difícil em virtude da confusão entre o direito à herança e o direito à propriedade, isto porque a inclusão do direito à herança na Constituição teria justificativa no reforço ao direito de propriedade⁵³⁰. Judith Martins-Costa, sobre o direito fundamental à herança, afirma que “o âmbito de proteção é estritamente normativo, cabendo ao legislador ordinário determinar a amplitude, a conformação, o conteúdo e os modos de exercício do direito[...]”⁵³¹.

O Código Civil vigente, com redação idêntica ao Código Civil de 1916, traz em seu art. 426 a impossibilidade de realização de pactos sucessórios, ao prever que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”⁵³², ou seja, há limitação expressa à liberdade testamentária estabelecida pelo legislador.

Os pactos seriam atentatórios à liberdade de testar, pois as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade do ato até o momento da morte do autor da herança. Por fim, esses negócios teriam o potencial de criar situações lesivas ao herdeiro presuntivo, que não teria condições de avaliar e precificar o seu direito.⁵³³

A limitação aos pactos sucessórios também sofre críticas por autores que se manifestam contrários à referida vedação:

Além da problemática da legítima em si, já exposta, diante do dilema ora em debate, pondera-se sobre a rigidez do art. 426 do Código Civil, quanto à proibição de que seja objeto de contrato herança de pessoa viva. Os pactos sucessórios podem ser constitutivos, quando uma pessoa, com ou sem prestação correspectiva, atribui ao outro contratante ou a um terceiro, *post mortem*, todos ou parte de seus próprios bens, bem como dispositivos e renunciativos, através dos quais são atribuídos ou são renunciados direitos que derivam de uma sucessão ainda não aberta.⁵³⁴

Ainda que se possa construir um raciocínio coerente entre a teoria dos direitos fundamentais e o direito à herança, filia-se ao entendimento de Felipe Lima Gomes

⁵³⁰ GOMES, Felipe Lima. “O Direito Fundamental à Herança: Âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização”. *Tese (Doutorado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2015, p. 74.

⁵³¹ MARTINS-COSTA, Judith. In CANOTILHO, J.J. G. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva, 2018, p. 365. [digital – minha Biblioteca, UniBrasil].

⁵³² BRASIL, Código Civil.

⁵³³ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 21.

⁵³⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 290.

de que não há um estudo aprofundado sobre o âmbito de proteção do direito à herança, possivelmente porque constata-se “a falta de uma abordagem mais analítica, aliada à falta de estudos mais específicos sobre os direitos fundamentais ligados à matéria tradicionalmente classificada como direito privado”⁵³⁵.

Como já adiantado, a limitação mais específica que o legislador ordinário brasileiro trouxe ao direito à herança é verificada através da legítima, instituto que permite ao Estado exercer certo paternalismo em relação ao patrimônio da sociedade, com a justificativa de promover interesses e assegurar bem-estar dos cidadãos.⁵³⁶

Quando se define o âmbito de proteção, também se identifica o suporte fático atribuído. Conforme acima exposto, quando a autora Judith Martins-Consta classifica o âmbito de proteção estritamente normativo ao direito de herança, ela mesma esclarece que o legislador ordinário é quem limita tal direito, ou seja, o suporte fático restrito está ligado à teoria interna, que se utiliza de limites imanentes à própria norma. Quando se fala de suporte fático amplo, tem-se a teoria externa e, nessa não há limites imanentes, mas sim restrições que podem ou não ser aplicadas a um direito.⁵³⁷ Adepto à teoria externa dos direitos fundamentais, Wilson Steimetz destaca a impossibilidade de restrição de um direito fundamental sem autorização constitucional para tal: “Em hipótese alguma o legislador poderá restringir direitos fundamentais sem que haja autorização constitucional ou em qualquer hipótese em que a restrição for contrária à Constituição ou nela não encontrar justificção”⁵³⁸.

Neste sentido, considerando que a legítima limita o direito à herança e, aquela já está *prima facie* prevista no ordenamento jurídico (Código Civil), ao mesmo tempo que limita, garante o direito fundamental à herança, vez que “a figura da legítima tem

⁵³⁵ GOMES, Felipe Lima. “O Direito Fundamental à Herança: Âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização”. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2015, p. 74.

⁵³⁶ SOBRAL, Luciane. “Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais”. *Dissertação (Mestrado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, 2019, p. 50; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 33, 34.

⁵³⁷ SOBRAL, Luciane. “Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais”. *Dissertação (Mestrado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, 2019, p. 88 a 92.

⁵³⁸ STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

por função assegurar aos familiares mais próximos o direito à herança, que é um direito fundamental constante no catálogo, art. 5º, inciso XXX, da CRFB⁵³⁹.

Destaca-se que referida discussão, apesar de ter se iniciado no Brasil com o Código Civil de 2002, já tem sido objeto de debate na União Europeia há quarenta anos, com diferentes posicionamentos. A Alemanha defende uma proteção aos filhos e ao cônjuge ao recebimento da herança. Na França, verifica-se que, devido ao aumento da média de vida humana, os descendentes que no século XIX eram herdeiros aos 14 anos, hoje o são com 50 ou 60 anos, ou seja, os herdeiros recebem patrimônio de seus antecessores em momento que possuem independência financeira, portanto, não há na maioria dos casos necessidade como existia no princípio. No mesmo sentido é na Espanha, em que em 1900 a expectativa de vida era de 35 anos e, em 2004 passou para 77,4 anos aos homens e 84 anos às mulheres.

Outra crítica realizada é a de que a proteção da família pode vir por outros meios, não sendo a legítima ou o direito sucessório o único mecanismo para tal. Uma solução fornecida por autoras espanholas⁵⁴⁰ é de “pular uma geração” ou limitar a legítima apenas para os casos de incapacidade, ou seja, considerar a possibilidade de – exemplificativamente – legitimar os netos do autor da herança, antes dos filhos.⁵⁴¹ O posicionamento da limitação da legítima apenas para os casos de incapacidade se amolda ao entendimento de Ana Luiza Nevares⁵⁴².

No Brasil, a legítima atua como limite imanente, por isso a limitação à liberdade do testador é anterior à abertura da sucessão, através da regra que impõe a necessidade de reserva de cinquenta por cento do patrimônio do sucedido aos herdeiros necessários.

Além do Brasil, a França e a Bélgica também adotam a reserva da herança para os herdeiros necessários, a diferença é apenas quanto ao percentual da legítima e ao rol de herdeiros necessários. Já na Alemanha, a reserva é feita em relação a um

⁵³⁹ SOBRAL, Luciane. O direito fundamental à liberdade de testar e as implicações da sucessão do companheiro após o RE 878.694/MG. *Anais da VII Jornada de Direitos Fundamentais da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 29/10/2020, Unifor/CE e HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

⁵⁴⁰ ARROYO I AMAYUELAS, Esther; ANDERSON, Mirian apud TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 100.

⁵⁴¹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94-102.

⁵⁴² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

direito de crédito e não especificamente a uma porção da herança, o que permite que o autor da herança disponha da integralidade do seu patrimônio através de testamento, e apenas se não houver previsão em testamento que beneficie o herdeiro necessário, esse terá direito de crédito.⁵⁴³

Percebe-se, portanto, que a existência da legítima não é característica apenas do sistema legal brasileiro, pois referida preocupação está presente no Direito Ocidental como um todo, mesmo nos países em que há ampla liberdade de testar. A reserva hereditária visa a proteção patrimonial aos parentes próximos do falecido quando há presunção de dependência e vínculos estreitos com o autor da herança e propicia o fortalecimento da unidade familiar, situações que, na visão de Ana Luiza Nevares estão em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, garantia da propriedade privada e livre iniciativa.⁵⁴⁴

Percebe-se, portanto, que a legítima é considerada limite imanente à liberdade testamentária e que o fato dela ser intangível possui consequências positivas e negativas ao ordenamento jurídico, uma vez que apesar de não permitir ampla liberdade de disposição do patrimônio que será objeto de sucessão, também evita possíveis fraudes e divisão desigual ou injusta do patrimônio.

Muito embora se reconheçam essas consequências, acredita-se que sua análise como limite imanente não responde, por si só, à problemática da dicotomia existente entre a liberdade de testar e o direito à herança dos sucessores, já que a imposição da legítima contraria a liberdade (em sua concepção principiológica) que, em vida, é permitida ao dono do patrimônio, uma vez que pode se desfazer da totalidade de seus bens e extinguir qualquer herança a ser recebida por seus herdeiros. Sobre os limites e a liberdade do titular do patrimônio, Daniel Sarmiento afirma:

Cumpra apenas verificar como se dá esta vinculação e traçar seus limites, decorrentes da proteção à autonomia privada, para conjurar o perigo de, a pretexto de proteção dos direitos humanos, acabar-se asfixiando a liberdade pessoal.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Idem.

⁵⁴⁴ Idem.

⁵⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Apud* TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 55.

Nesse sentido, a análise dos interesses dos sucessores constitui importante apuração para possibilitar sua comparação à liberdade do dono do patrimônio e futuro autor da herança.

Sobre a efetividade da liberdade de testar, aplica-se o raciocínio de Daniel Sarmiento:

[...] é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las.⁵⁴⁶

Considerando a intangibilidade da legítima, bem como a vedação à realização de pactos sucessórios ou ainda a elaboração de contratos tendo herança como objeto, verifica-se que, de certo modo, há a ausência de condições que permitam a efetivação do direito fundamental à liberdade e à propriedade (do titular do patrimônio e interessado na realização do planejamento sucessório).

Todavia, diante da funcionalização da autonomia privada, verifica-se que o exercício da liberdade individual não está presente tão somente na questão contratual, patrimonial, mas também pode ser exercida de diferentes formas, que não necessariamente são limitadas pela legítima.

É o caso, por exemplo, da possibilidade de disposições extrapatrimoniais por meio de testamento, ou ainda, da utilização de instrumentos do planejamento sucessório que não sofrem com essa limitação imanente, como o seguro de vida.

Nos Estados Unidos não há legítima e a liberdade de testar é praticamente absoluta; ainda assim, em razão de despesas e facilidade, é muito comum utilizar-se dos *will-substitutes* para transferir bens sem a necessidade de inventário⁵⁴⁷.

Dessa forma, na perspectiva do Direito Comparado, podemos identificar três sistemas quanto à legislação relativa à reserva hereditária destinada a familiares do autor da herança: **a)** uma reserva rígida em relação à proporção da herança e àqueles que são os herdeiros necessários; **b)** uma reserva hereditária mais dúctil, porque se configura em um direito de crédito contra a herança e **c)** inexistência de uma reserva hereditária *a priori*, havendo, assim, ampla liberdade de testar do autor da herança, embora determinados parentes próximos possam reclamar proteção sucessória uma vez desamparados diante das disposições testamentárias.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 174 (versão digital, não paginado).

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 207-209.

⁵⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan./fev. 2018.

Mesmo diante das críticas apresentadas à legítima, sabe-se que somente a lei tem possibilidade de alterar a sua intangibilidade. Existindo herdeiros necessários – sucessores do autor da herança, aos quais é reservada a legítima –, o autor da herança não possui qualquer ferramenta apta a retirar o privilégio desses herdeiros, salvo hipóteses específicas que autorizam a deserdação dos herdeiros⁵⁴⁹.

Neste sentido, considerando o *status jurídico* do direito à herança em nosso ordenamento jurídico e, tendo verificado breve síntese dos conceitos da teoria dos direitos fundamentais, passa-se à análise das restrições à liberdade de testar sob a ótica da solidariedade, em favor dos sucessores.

Considerando a prevalência da liberdade testamentária sobre a igualdade de distribuição de quinhões hereditários, num contexto não discriminatório, há entendimentos de que a decisão de privilegiar um herdeiro em detrimento de outro pode significar retribuir o auxílio que muitas vezes o testador teve em vida de um (ou alguns) dos herdeiros e, ainda, presentear pessoas que não possuem vínculo sanguíneo com este, é uma das ponderações de Maria Paz Sánchez González:

[...] para um número considerável de autores, o sistema atual pode gerar resultados contrários à equidade, pois não parece justo atribuir a determinados parentes, simplesmente pela relação de parentesco, uma parcela dos bens hereditários que, talvez seria melhor destinada àqueles que, apesar de sem ligação sanguínea, estiveram mais próximos do testador, cuidando de suas necessidades⁵⁵⁰. (tradução nossa)⁵⁵¹

Um exemplo de aplicação prática dessa interpretação é o caso de um testador que por lei poderia dispor livremente da parte disponível para qualquer pessoa, independentemente de ser ou não herdeiro, mas resolve privilegiar o(a) filho(a) que dele cuidou em período de doença ou avançada idade. Neste caso, pareceria justo

⁵⁴⁹ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 226.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. Límites constitucionales a la libertad de testar. In ALOY, Antoni Vaquer; GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez; Capdevila, Esteve Bosch. *La Libertad de testar y sus límites*. Marcial Pons: Madrid, 2018, p. 10.

⁵⁵¹ [...] para un número de autores no desdeñable, el actual sistema puede dar lugar a unos resultados contrarios a la equidad, pues no parece justo que se atribuyan a determinados parientes, simplemente por serlo, una porción de los bienes hereditarios que, tal vez, deberían corresponder a quienes, sin estar unidos por vínculos de sangre, han estado más próximos al testador velando por sus necesidades

que este herdeiro recebesse mais que os demais, até como uma espécie de indenização pelo período de dedicação e cuidados com o testador.

Ana Luiza Nevares vai além e, ao analisar a função promocional do testamento, afirma ser uma questão de dignidade humana o destino apropriado de um bem ao herdeiro que o utiliza para sua moradia, ou ainda, quando é o sucessor ideal para receber determinado bem, por reunir as qualidades específicas para tal, atrelada, por exemplo, à formação profissional:

Assim, quando um bem integrante do acervo hereditário serve ao herdeiro como sua moradia ou como local ou instrumento para o exercício de sua profissão, sendo-lhe, portanto, essencial e necessário para a concretização de sua dignidade, deverá ser atribuído *in natura* ao aludido sucessor, estando, em regra, subtraído de outros destinos que lhe poderiam ser conferidos pela autonomia privada testamentária. O mesmo se diga quando o sucessor não utilizava o bem antes da abertura da sucessão, porém é aquele que reúne as qualidades para lhe dar a melhor destinação, por força de suas necessidades específicas e, ainda, por força de sua formação profissional.⁵⁵²

Neste mesmo sentido, a doutrina brasileira (defensora da vontade soberana do testador) trata do tema distribuição desigual da parte disponível entre os filhos, em sua maioria opinando pela possibilidade, com argumentos de “elevar ao máximo a funcionalidade do acervo, a continuidade dos negócios etc. – quanto às necessidades dos herdeiros”.⁵⁵³

4.2.3 Delineando as Restrições à Liberdade de Testar em face dos Interesses dos Sucessores

A interferência nas disposições de última vontade é criticada no Brasil e em outros países, mesmo na Alemanha – em que se permite o contrato de herança⁵⁵⁴ – dispõe o B.G.B., “§ 2.302” que são nulas as cláusulas que tratem de obrigações que

⁵⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 211.

⁵⁵³ OLIVEIRA, Alexandre Miranda; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para a partilha de bens. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquiteturas do Planejamento Sucessório. Tomo II*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 27-39, p. 29.

⁵⁵⁴ No Brasil há vedação expressa ao contrato de herança, art. 246 do Código Civil.

digam respeito a “fazer ou não fazer, a revogar ou não revogar qualquer disposição de última vontade”⁵⁵⁵.

Embora a vontade do testador seja soberana e a intervenção do magistrado deva ser mínima quando provocado, interessante analisar o Recurso Especial nº 1.674.162-MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018⁵⁵⁶ em que os julgadores tinham duas opções: interpretar os dispositivos legais e cumprir a lei ou valer-se da intenção contida no testamento, baseando-se o princípio da vontade soberana do testador. O caso trata de um testamento redigido no ano de 2005, por uma senhora que não tinha herdeiros necessários e escolheu dispor a totalidade de seu patrimônio em favor de seus dez sobrinhos. No testamento (seja por desconhecimento, seja por má-orientação), optou por testar a cada um deles a parte ideal de um décimo de seus bens. Não há nada de errado no ato em si, é fruto do exercício da liberdade de testar, uma vez que, com base no art. 1.850 do Código Civil⁵⁵⁷, afastou da sucessão os herdeiros colaterais, por meio da realização de testamento, dispondo da integralidade de seus bens, sem contemplar os irmãos.

Ocorre que, no ano de 2006, um de seus sobrinhos faleceu e não houve alteração do testamento. Em 2013, a testadora faleceu e seu irmão demandou judicialmente os herdeiros testamentários, alegando que, em razão de seu parentesco (colateral) com a falecida e, por ser seu único irmão vivo, ele deveria receber de modo integral a parte destinada ao sobrinho falecido, ou seja, um décimo do patrimônio da autora da herança. Percebe-se que a discussão diz respeito à disposição da quota parte destinada ao sobrinho que, no momento de abertura da sucessão, era pré-morto.

A demanda proposta ao Superior Tribunal de Justiça permite ainda questionar um dado não revelado: se “os sucessores que serão chamados à herança por força da ordem de vocação hereditária podem insurgir-se contra as disposições constantes do testamento, quando estas não atendem aos [seus] legítimos interesses”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. I. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957, p. 33.

⁵⁵⁶ BRASIL, STJ, *Recurso Especial nº 1.674.162-MG*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12 fev. 2019.

⁵⁵⁷ BRASIL, Código Civil. Art. 1.850: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

⁵⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.203.

Os fundamentos de mérito que baseiam a decisão em Primeira Instância, proferida pela 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba/MG, no caso acima mencionado, giraram em torno dos conceitos e características do direito de acrescer e do direito de representação. O primeiro está previsto no art. 1.941, do Código Civil:

Art. 1.941. Quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito do substituto.⁵⁵⁹

Considerando que tal dispositivo do Código Civil representa uma limitação imanente ao direito de acrescer e, por consequência, à liberdade de testar, pois só há o direito de acrescer quando não houver disposição determinada quanto aos quinhões que serão recebidos por cada herdeiro testamentário, é possível interpretá-lo segundo a teoria interna. No mesmo sentido, Pontes de Miranda⁵⁶⁰ menciona que não se pode confundir o direito de acrescer com o direito de substituição, pois a substituição está presente quando o testador menciona “deixo um quinto da herança a B, C e D, sendo substituto E”, enquanto o direito de acrescer prescinde da inexistência de determinação de quota parte e da inexistência de substituição. Utilizando-se o exemplo mencionado pelo autor, pode-se explicar o direito de acrescer exclusivamente entre os herdeiros testamentários, com disposição em testamento, da seguinte forma: “deixo a B, C e D” simplesmente, sem delimitar quinhões a cada um deles, porque aí sim se teria o direito de acrescer e os bens seriam partilhados tão somente pelos herdeiros testamentários.

No caso em tela, verifica-se que houve o exercício da autonomia privada da autora da herança que destinou a integralidade de seus bens aos sobrinhos, excluindo por testamento seus irmãos. Ocorre que essa disposição testamentária previa quinhões determinados em um décimo para cada sobrinho e, com o falecimento de um dos herdeiros testamentários e a ausência de indicação de substituto pela testadora, a quota parte do herdeiro pré-morto passou a objeto de sucessão legítima, tal como previsto pelo Código Civil:

⁵⁵⁹ BRASIL, Código Civil.

⁵⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral...* atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157.

Art. 1.906. Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL 2002).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a demanda:

No caso dos autos, há um testamento **com destinação de quinhão certo a cada um dos herdeiros testamentários, restando evidenciada a intenção da testadora em fixar o legado de forma igualitária**. Logo, quando um desses herdeiros instituídos falece antes da abertura da sucessão, sem deixar herdeiros necessários, **sem indicação de um substituto pela testadora**, a sua quota-parte retorna ao monte partilhável e deve ser incluída na legítima e distribuída segundo a preferência estabelecida na ordem da sucessão hereditária (art. 1.829 do Código Civil), consoante a lógica dos artigos 1.906, 1941 e 1.944 do Código Civil. (STJ, Resp. 1674162-MG, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 16/10/2018).

Percebe-se, portanto, que os limites contidos na lei civil podem ser analisados com base na teoria interna porque se confundem com o próprio direito. Além disso, verifica-se a importância do formalismo que o Código Civil concede à elaboração do testamento, pois a forma da disposição de última vontade implica consequências diferentes, como se verificou no caso acima. Se a testadora tivesse escrito “deixo todos os bens aos meus dez sobrinhos”, ou ainda mantivesse a quota parte de um décimo para cada sobrinho, mas nomeasse um substituto, caso um ou mais deles não pudessem ou não quisessem receber a herança, a quota parte do sobrinho pré-morto não retornaria à sucessão hereditária, o que retiraria de seu irmão qualquer direito à parte excedente.

Pela ausência de ressalvas e pela não observação correta da formalidade no testamento, o quinhão destinado ao sobrinho pré-morto da autora da herança retornou ao monte partilhável, a fim de respeitar a ordem de vocação hereditária. Ao retornar, verifica-se que há um colateral (irmão da autora da herança) vivo e filhos dos outros irmãos já falecidos, que são os próprios sobrinhos a quem a testadora havia instituído seus herdeiros testamentários. Tal raciocínio harmoniza-se com a interpretação propiciada pela teoria interna, ao se analisar o dispositivo legal sobre a herança destinada aos colaterais. Os dispositivos do Código Civil referentes ao tema são:

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

Art. 1.853. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.

Art. 1.854. Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.⁵⁶¹

Com base nestes dispositivos, restou decidido que o irmão da autora da herança teria direito à parte do quinhão destinado ao sobrinho pré-morto da falecida. Mas que ele não seria o único herdeiro pela ordem de vocação hereditária, concorrendo com os filhos de seus irmãos já falecidos, sobrinhos da autora da herança e também seus sobrinhos, nomeados em testamento, conforme se verifica do trecho do voto:

Os sobrinhos, representantes dos pais pré-mortos (irmãos da falecida), herdarão na sucessão ao lado do tio vivo (art. 1.853 do CC/2002) por estirpe, recebendo a cota que se devolveria, por inteiro, aos irmãos da autora da herança se vivos fossem (art. 1.854 do CC/2002). É dizer, o irmão vivo, ora recorrente, sucede por direito próprio (por cabeça), enquanto os sobrinhos sucedem por representação (por estirpe). (STJ, Resp. 1674162-MG, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 16/10/2018).

O Recurso Especial, cujo objeto era a reforma do acórdão de Segundo Grau para declarar o direito à exclusividade do quinhão remanescente (primeiramente destinado ao sobrinho pré-morto) ao irmão da falecida, foi conhecido em parte, mas teve seu provimento negado. Ficou estabelecido que o quinhão referente ao herdeiro testamentário pré-morto deveria ser partilhado entre os herdeiros legítimos (colateral e representantes dos outros irmãos pré-mortos). Os sobrinhos que herdaram por representação ao direito de seus pais acumularam os papéis de herdeiros testamentários e herdeiros legítimos, por estirpe ou representação.

Entretanto, uma questão não foi considerada pelo Superior Tribunal de Justiça, nesse caso. Em conformidade com uma ausência de limites imanentes à liberdade sucessória qualitativa no Código Civil, mas tão somente quantitativa, não se indagou acerca da destinação dos bens pelo proprietário falecido, tendo em vista os interesses dos sucessores.

Na tentativa de responder à questão, encontra-se o magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁶² para quem a aplicação dos princípios e regras do direito sucessório

⁵⁶¹ BRASIL, Código Civil.

⁵⁶² LÔBO, Paulo. Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>> Acesso em 05 mar. 2019.

deve privilegiar o direito do herdeiro e não presumir a vontade do autor da herança. Por outras palavras, a vontade do testador deve ser considerada desde que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e não contrarie os princípios constitucionais, em especial o da função do testamento. Afirma, ainda, que a liberdade de testar é limitada à parte disponível quando da existência de herdeiros necessários, mas que a autonomia é mais ampla quando inexistem herdeiros necessários, o que possibilita ao testador dispor livremente de todos os seus bens, podendo beneficiar os demais herdeiros ou terceiros.

É coerente com esse raciocínio, o artigo 1.857, §1º, do Código Civil, ao estabelecer que a legítima dos herdeiros necessários está protegida de disposições testamentárias que a diminuam em quantidade e substância. Mas, quando se tratar de herdeiro facultativo, como no caso do irmão da autora da herança, no Recurso Especial nº 1.674.162-MG, do Superior Tribunal de Justiça?

Tal questão pode ser desenvolvida com amparo na teoria externa de limitação dos direitos fundamentais. Com base na regra da proporcionalidade, Ana Luiz Maia Nevares realiza uma ponderação entre a autonomia privada do testador e o interesse dos herdeiros facultativos. Considerando a necessidade como a condição material indispensável a uma vida digna e o princípio da função social da propriedade, com base no qual se analisa o vínculo entre a pessoa e o bem, configuram-se os critérios para a limitação do exercício da liberdade testamentária⁵⁶³ Justifica a autora:

...na ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para a concretização de sua dignidade, a tendência é prevalecer a solidariedade e não a liberdade, já que será a solidariedade, realizada pela restrição da autonomia privada do testador, que garantirá na maioria dos casos a dignidade da pessoa humana...⁵⁶⁴.

De acordo com essa ideia, se o herdeiro facultativo utilizava o bem para moradia ou como local ou instrumento de trabalho, situação possibilitada pelo autor da herança ainda em vida, há uma expectativa de recebimento do bem, por ocasião da abertura da sucessão. Sem importar o título a que se exercia este vínculo, se o bem for essencial à conservação da dignidade do sucessor, impõe-se uma restrição

⁵⁶³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208-210.

⁵⁶⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

à autonomia privada do testador. Mas, se o herdeiro facultativo não utilizava o bem, há mera expectativa de herança que não coincide com a expectativa de recebimento do bem, prevalecendo a liberdade de testar⁵⁶⁵.

Verifica-se que o direito do herdeiro/autor do Recurso Especial foi garantido, nos limites imanentes previstos em sede de legislação infraconstitucional, mesmo contrariamente à vontade da testadora que havia retirado o irmão da sucessão ao dispor da totalidade dos bens aos sobrinhos. E aqui tem-se relevante constatação acerca da vontade soberana do testador: “O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador, que não pode restringi-lo, salvo nos limites admitidos pela lei”.⁵⁶⁶

A vontade da testadora não foi garantida em sua integralidade, mesmo não restando dúvidas de que o seu interesse era testar tudo para os sobrinhos, a previsão legal falou mais forte e o desconhecimento legal ou a má orientação jurídica provocaram esse resultado. Isto porque, caso a testadora tivesse nomeado substituto para o caso de premoriência, ou ainda, não houvesse menção expressa de quotas específicas para cada herdeiro (se a disposição fosse deixo todos os meus bens aos meus dez sobrinhos, igualmente distribuído entre eles), sua vontade estaria resguardada por completo e impossibilitaria qualquer restrição à liberdade de testar.

Solução diversa poderia ter sido alcançada à luz da teoria externa, ao se ponderar o interesse do herdeiro facultativo com a disposição testamentária, em se verificando que houvesse algum bem essencial à conservação da dignidade do irmão da falecida. Entretanto, tal fato não foi cogitado. De qualquer maneira, a “...ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para concretização de sua dignidade...” demonstra a prevalência do princípio da solidariedade sobre a autonomia privada do testador.⁵⁶⁷

Outrossim, a ponderação de interesses, acima evidenciada, revela que não há uma liberdade testamentária qualitativa absoluta em face das qualidades pessoais do

⁵⁶⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 217-218.

⁵⁶⁶ LÔBO, Paulo. Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>> Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁶⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

sucessor⁵⁶⁸, com fundamento na teoria externa é possível dar um passo à frente na composição das restrições ao direito fundamental à liberdade de testar. Não se trata tão somente de proteger abstratamente a família, como se depreende da intangibilidade da legítima, mas de proteger a pessoa e a relação de essencialidade que ela estabelece com os bens. Eis que se rompe com a intangibilidade última da sucessão hereditária – o direito de propriedade – deslocando seu foco do sucedido para a pessoa do sucessor.

4.3 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA

Considerando o desconhecimento do tema⁵⁶⁹ discriminação no testamento no ordenamento jurídico brasileiro, o presente tópico pretende analisar os vários exemplos trazidos pela jurisprudência e doutrina estrangeira em comparação ao já decidido pelos tribunais nacionais.

Alemanha e Espanha reagiram de formas diversas às determinações impostas pelas Diretivas da União Europeia⁵⁷⁰, a Alemanha promulgou em 2006 a *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG), em português Lei Geral de Igualdade de Tratamento, que já passou por várias modificações e trata da discriminação no direito privado de maneira única, independente do motivo da conduta⁵⁷¹. A Espanha, por sua vez, preferiu promulgar várias leis sobre o tema, cada qual especificando uma conduta discriminatória. Ariadna Aguilera Rull compara os dois ordenamentos e acredita que a Alemanha está em vantagem, vez que o sistema da Espanha impede que o direito antidiscriminatório funcione como um sistema fechado e coerente.⁵⁷²

Embora o estudo dos direitos fundamentais nas relações privadas esteja evidenciado na Alemanha e Espanha, o presente tópico trouxe exemplos concretos de casos decididos nos Estados Unidos, França e Canadá. Além deles, embora

⁵⁶⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

⁵⁶⁹ Refere-se ao desconhecimento da essência do tema, ou ainda que conhecido a desatenção da doutrina.

⁵⁷⁰ Experiência europeia abordada no tópico 3.2.

⁵⁷¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos*. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 226.

⁵⁷² RULL, Ariadna Aguilera. *Discriminación Directa y Indirecta*. *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, p. 2.

inexistente legislação antidiscriminatória específica, pretende-se conhecer alguns casos que já passaram pela análise dos Tribunais Brasileiros.

4.3.1 Disposições Testamentárias Discriminatórias no Direito Comparado

No direito comparado o tema da proibição de discriminações na sucessão voluntária não é desconhecido. Ao contrário, tem sido objeto de discussão nos tribunais e a doutrina segue atenta e reflexiva. Os estudos provêm, em sua maioria, do direito espanhol, no qual já se reconhece um direito antidiscriminatório amparado nas diretivas na União Europeia. Neste contexto, encontram-se Teodora Torres García, catedrática de Direito Civil da Universidade de Valladolid y León e María Paz García Rubio, catedrática de Direito Civil da Universidade de Santiago de Compostela, sendo a primeira uma das maiores especialistas em direito das sucessões da Espanha e a segunda, uma das maiores representantes do direito antidiscriminatório espanhol. No livro “*La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*”, as autoras reconhecem um princípio de não discriminação que se impõe à liberdade de testar. Casos julgados por outros países que não fazem parte da União Europeia evidenciam ainda mais a importância do tema no estrangeiro, pois mesmo sem a obrigatoriedade de adotar as Diretivas da União Europeia defendem um direito antidiscriminatório.

O primeiro exemplo trata-se do relevante caso analisado pela Suprema Corte Americana em 1957, *Pennsylvania vs. Board of Trusts*, dizia respeito ao testamento do Sr. Stephen Girard, que testou um fundo em fideicomisso para construção, manutenção e operação de uma escola, condicionado a aceitação apenas de crianças órfãs brancas entre 6 e 10 anos. Tal postura, obviamente, resultou na rejeição de matrículas de Foust e Felder, dois alunos negros. O caso foi para julgamento pela Suprema Corte da Pensilvânia e constatou-se discriminação, que é literalmente proibida pela Décima Quarta Emenda.⁵⁷³

⁵⁷³ Pensilvânia v. Conselho de Trusts, 353 US 230 (1957) In SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 194 e UNITED STATES, SUPREME COURT. *Pennsylvania Railroad Co. v. Rychlik*, 353 U.S. 230 (1957). Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/353/230/#:~:text=For%20this%20reason%2C%20the%20Board,not%20inconsistent%20with%20this%20opinion.&text=Get%20free%20summaries%20of%20new,opinions%20delivered%20to%20your%20inbox!>

Décadas depois, discussão semelhante, tratada no caso *Pla&Puncernau vs. Andorra*, em maio de 2011, foi objeto de análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na França, discutiu-se a possibilidade ou não de inserir os filhos adotivos na disposição testamentária que fazia menção a “filhos legítimos”, a sentença considerou que a cláusula deveria incluir tanto os filhos biológicos quanto os adotivos.⁵⁷⁴

Essa decisão foi objeto de crítica pelos especialistas em direito sucessório, em razão das regras de interpretação testamentária e por se considerar que a ideia da liberdade de testar não discriminatória seria uma contradição em si mesma. Ademais a igualdade de filiação, imposta pela Constituição, restringir-se-ia aos filhos matrimoniais e extramatrimoniais, e não quanto à origem biológica ou adotiva, já esta última seria objeto de ponderação das normas infraconstitucionais⁵⁷⁵.

Outra análise ainda corresponde a decisão do Conselho Constitucional francês, de 05 de agosto de 2011, que considerou inconstitucional o artigo 2º da Lei de 14 de julho de 1819, que privilegiava o cidadão francês que concorresse em uma sucessão hereditária com um estrangeiro, permitindo-lhe reclamar direitos sucessórios sobre os bens situados na França, ainda que dela excluído pela lei aplicável a essa sucessão. Entendeu-se que esta norma violava o princípio da igualdade, por colocar um francês em posição mais privilegiada que um estrangeiro, e por restringir a liberdade do testador e o direito de propriedade. Segundo María Paz García Rubio, tal caso revela que liberdade de testar e não discriminação nem sempre são princípios contraditórios, mas que se encontram⁵⁷⁶.

Na Inglaterra, discutiu-se no caso *Blathwayt v. Baron Cawley* disposição testamentária que proibia ser ou se tornar católico romano, a decisão foi pela validade da cláusula. De modo diverso entendeu o tribunal francês, em caso de disposição testamentária que proibia casamento com um judeu, foi considerada como inválida.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ OVIEDO, Margarita Herrero. El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privatos de los Derechos Fundamentales. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: InDret, Abril 2012, p.28.

⁵⁷⁵ Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 6. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

⁵⁷⁶ Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 10. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

⁵⁷⁷ CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 49.

Tal divergência demonstra que os tribunais estrangeiros nem sempre são uníssonos entre si.

Em 29 de janeiro de 2015, em Newmarket, Ontário (uma das dez províncias do Canadá), o magistrado C.A. Gilmore proferiu decisão irretocável ao invalidar o testamento de um homem, em virtude de racismo. O jamaicano Reitor Emanuel (Eric) Spence lavrou testamento em 2010 deserdando a outra filha em razão dela ter engravidado de um homem branco, deixou quatrocentos mil dólares à sua filha mais velha, Donna, que residia no Reino Unido com quem que não tinha contato. Quando Verolin, a filha preterida em testamento, comunicou ao pai da gravidez e quem era o pai da criança, o testador disse sentir vergonha da filha e rompeu toda comunicação com ela, quando o neto nasceu também não houve qualquer contato. Conforme depoimento testemunhal, em vida o testador referia à criança como “*his daughter’s bastard white son*”, ou seja, “o filho bastardo branco de sua filha”. Interessante neste caso é que nas disposições testamentárias não houve menção expressa ao racismo, o testador mencionou apenas que escolheu não deixar sua herança para Verolin porque os dois pararam de se comunicar, o que de fato ocorreu. No processo judicial o depoimento de um amigo da família foi essencial para a compreensão do Juízo sobre as intenções veladas do testador, restando demonstrado que o testador e a filha Verolin tinham ótimo relacionamento até 2002, a partir da gravidez e nascimento do neto esse vínculo foi rompido. Foi uma decisão histórica, embora já tenham sido julgadas situações de anulação de testamentos por ofensa às políticas públicas (e essa foi interpretada como ofensa às políticas públicas), esse foi o primeiro caso de racismo reconhecido implicitamente nas disposições testamentárias.⁵⁷⁸

A contraposição entre a liberdade de dispor e a liberdade matrimonial para se casar, para permanecer solteiro ou para condicionar uma deixa testamentária à separação ou divórcio é objeto do *Restatement (Second) of Property: Donative Transfers*, no direito norte-americano. Nele se estabelece que são ilícitas as condições que permitam ao testador influenciar o exercício de direitos fundamentais como a

⁵⁷⁸ GERSON, Jean. Judge rejects Ontario man’s ‘racist will’ that disinherited daughter for having ‘bastard white son’. *National Post*. News Canada, Disponível em <https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son> Acesso em out/2024; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Supremacia do Testamento e autonomia da última vontade x racismo: a prevalência dos direitos fundamentais*. Academia.edu. Acesso em out/2024.

liberdade matrimonial, afetando de maneira significativa a vida pessoal do beneficiário e de terceiros⁵⁷⁹.

Em certas regiões da Espanha é comum cláusula “*de casar para la casa*”, segundo a qual o testador beneficia um filho sob a condição de que viva na companhia de seus pais, trabalhe na exploração da pequena propriedade agrícola da família e somente se case com aval paterno (outorgado ao cônjuge sobrevivente). Em determinado caso, o filho beneficiado havia cumprido todas as condições, menos a restrição matrimonial que lhe fora imposta. Ao julgar o caso em 02 de dezembro de 1991, o STS considerou tal condição como acessória e cumprida, por não ser costume na atualidade, não se caracterizando como ilícita tal disposição testamentária em face da Constituição⁵⁸⁰ ou cogitando a discriminação no testamento.

Esse caso chama a atenção para o fato que os tribunais preferem, por vezes, não considerar ilícitas possíveis discriminações estabelecidas por disposições testamentárias. Decidem em favor do testamento, em homenagem à vontade do testador, mas chegando a soluções semelhantes a que chegariam, caso colocassem em contraposição a liberdade de testar, o direito da antidiscriminação e a violação de direitos fundamentais. Neste sentido, algumas decisões encontradas no direito comparado assemelham-se às proferidas pela jurisprudência brasileira, que passa a ser analisada a seguir.

4.3.2 Disposições Testamentárias Discriminatórias: uma vereda aberta pela jurisprudência nacional

Alguns autores entendem que o testamento é um instrumento próprio para expressão de vontade e, por sua vez, sinônimo de liberdade, ainda que implique em eventual discriminação. Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro (mas não somente) luta contra formas de discriminação a todo o tempo, ainda que as matérias mais comuns a trabalhar esse tema sejam o direito público (e ações afirmativas), ou

⁵⁷⁹ Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 7. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

⁵⁸⁰ Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 14. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

ainda, o direito do trabalho. No direito privado há certa invisibilidade, mais evidente ainda no direito das sucessões, por conta do caráter absoluto da liberdade de testar, já que a liberdade do testador impera.

Em regra, o testador tem liberdade para realizar as disposições que bem entender quanto à parte disponível (cinquenta por cento restante), como é o caso da elaboração de testamento. Entretanto, há situações na jurisdição brasileira em que se discute a interferência nas cláusulas testamentárias, em virtude da interpretação das disposições. É o caso do REsp 203137/PR:

DIREITO CIVIL SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO ⁵⁸¹.

Na ocasião, o testador destinou a parte disponível de seus bens aos bisnetos, mas fez menção a eles no testamento como “filhos legítimos do neto”, incluindo os ainda não nascidos. Evidente cláusula discriminatória constante na disposição testamentária. A discussão foi levada ao Judiciário especialmente em virtude de existir um bisneto, concebido na constância do casamento do neto e, por ocasião de uma relação de concubinato, outro bisneto estar a caminho, estando a concubina grávida à época da abertura da sucessão. Sabe-se que na vigência do Código Civil de 1916 havia distinção de filhos legítimos e ilegítimos, inclusive com prejuízo de direitos a esses últimos e o testamento fora lavrado nessa época. O juízo *a quo* entendeu que a vontade do testador deveria ser respeitada, considerando o significado do conceito à época da realização do testamento, sem possibilidade de utilização de dispositivos legais posteriores, mesmo em se tratando da Constituição da República de 1988, isso porque o testamento foi escrito na vigência do Código Civil de 1916 e o falecimento ocorreu antes da promulgação da Constituição da República, época em que não havia igualdade de filiação e, os filhos eram classificados como legítimos ou ilegítimos, a depender da relação matrimonial existente entre os genitores. O Tribunal de Justiça

⁵⁸¹ BRASIL, STJ. REsp 2013137-PR [1999/0009548-0], Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 01/02/2020.

do Paraná, por sua vez, interpretou de forma diferente, deu provimento à Apelação dos Réus (filhos preteridos) após uma análise dos fatos e com argumento de que a expressão “filhos legítimos” deveria ser interpretada como “filhos verdadeiros, independentemente da acepção técnico-jurídica”.

O debate do caso levava em consideração a liberdade de testar de um lado e a discriminação à filiação havida fora do casamento, de outro; a sentença havia entendido pelo direito à herança tão somente do bisneto nascido da relação matrimonial. O Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença, interpretando a expressão “filhos legítimos” por “filhos verdadeiros”. Em sede de Recurso Especial, o voto do relator se deu pela necessidade de interferência na disposição testamentária, acompanhado do voto vista; houve voto divergente que defendia a liberdade de escolha individual do testador para eleger qualquer pessoa para ser beneficiada com a parte disponível de seus bens, destacando inclusive a possibilidade de eleição de apenas um dos bisnetos para receber a totalidade da parte disponível, entretanto referido entendimento obteve apenas dois votos. Por maioria de votos, decidiu-se que a justificativa da escolha contida no testamento demonstrava a discriminação entre os bisnetos (permitida na época dos fatos) e, dependia de alteração a fim de adequar-se às normas constitucionais, que entendem pela igualdade de filiação, de modo que fora negado provimento ao Recurso Especial, para manutenção da decisão do Tribunal de Justiça quanto à interpretação de “filhos legítimos” como “filhos verdadeiros”.⁵⁸²

O primeiro (e até o momento único) caso conhecido e divulgado no Brasil que tratou expressamente sobre discriminação no testamento teve sentença proferida em Guaxupé/Minas Gerais⁵⁸³ e julgou caso da avó que testou a parte disponível de seu vultoso patrimônio⁵⁸⁴ a cinco de um total de sete netas, as duas netas não contempladas com a herança ajuizaram ação judicial com fundamento de que foram discriminadas em razão de serem fruto de relacionamento não matrimonial do pai, a decisão proferida pelo magistrado foi no sentido de acolher o pedido das autoras, com entendimento de que trava-se de disposição testamentária discriminatória, com

⁵⁸² BRASIL, STJ. REsp 2013137-PR (1999/0009548-0), Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 01/02/2020.

⁵⁸³ FURQUIM, Milton Biagioni. Juiz de Direito de Guaxupé, Minas Gerais, Autos nº 0058435-49, Sentença disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf> e <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial> Acesso em 01/02/2020.

⁵⁸⁴ Considerando a informação de que o valor da causa correspondeu a trinta e cinco milhões de reais.

fundamento na igualdade de filiação prevista no art. 227 §6º da Constituição da República⁵⁸⁵ “ainda que por aplicação extensiva/sistemática”, o Magistrado autorizou a interferência nas disposições testamentárias realizadas pela avó para que todos os netos da testadora fossem contemplados com a parte disponível.⁵⁸⁶

A doutrina civilista passou a tecer inúmeras críticas à decisão, dentre eles Lenio Luiz Streck manifestou-se com a seguinte afirmação provocativa: “para juiz, vovó poderia dar dinheiro para Lenio, Bolsonaro ou Flamengo, mas não para os netos mais queridos”.⁵⁸⁷

José Fernando Simão, também contrário ao posicionamento adotado pelo magistrado, após “batizá-lo como testamento magistral” utilizou outros exemplos para fundamentar o argumento da vontade absoluta do testador:

- se eu testar a parte disponível em favor de meu filho (sexo masculino) e não de minha filha (sexo feminino), haveria nulidade da deixa por sexismo;
- se eu testar a parte disponível em favor de meu amigo caucasiano e não de meu amigo negro, haveria nulidade da deixa por racismo;
- se eu testar a parte disponível em favor de meu amigo heterossexual e não de meu amigo homossexual, haveria nulidade da deixa por homofobia;
- se eu testar a parte disponível em favor de meu filho maior e não de minha filha menor, haveria nulidade da deixa por sexismo e por desproteger o incapaz.⁵⁸⁸

Embora extremamente pertinentes o posicionamento crítico e os argumentos utilizados pelos autores e, antes de entrar no mérito da decisão, evidencia-se a mencionada invisibilidade doutrinária a respeito do tema, na medida em que se confunde a escolha de herdeiros testamentários de características diferentes com disposições testamentárias discriminatórias, quando na verdade, são situações completamente distintas!

⁵⁸⁵ CRFB, art. 227 §6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵⁸⁶ Por todas ressalta-se a severa crítica de José Simão que ironicamente intitulou “o testamento magistral”. (SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em duas partes: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte/> e <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/> Acesso em set/2024).

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos/> Acesso em 10/09/2024.

⁵⁸⁸ SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/> Acesso em set/2024).

Para esclarecer a diferença, parte-se dos avanços no Direito Trabalhista Brasileiro: a liberdade e autonomia privada do empregador, citada anteriormente, pode se equiparar para fins didáticos com a liberdade do testador na nossa análise. Se o empregador não pode mandar embora um funcionário sem justa-cause quando há discriminação, o testador também não poderia utilizar do testamento para uma prática discriminatória, especialmente em se tratando de membro da família.

Destaca-se que o empregador permanece tendo livre escolha em demitir o funcionário x ou y, da mesma forma, não sofrerá nenhuma penalização se a sua escolha implicar na demissão de um funcionário em tratamento de doença grave, o entendimento sumulado na justiça do trabalho se aplica apenas se o motivo da demissão for discriminatório (e essa situação necessitará de prova específica). Houve inclusive caso em que um empregado com câncer ajuizou ação argumentando a dispensa como discriminatória, a empresa comprovou que o tratamento de câncer do autor foi noticiado no início do contrato, portanto não poderia ser essa a razão da demissão, de modo que a 13ª Turma do TRT da 2ª Região negou procedência à demanda, por entender que “não houve comprovação favorável à tese inicial, apta a transparecer a prática de ato discriminatório na dispensa do autor”.⁵⁸⁹

Portanto não se trata de minar a autonomia do testador que pode – sem a obrigatoriedade de motivação – escolher determinada pessoa para ser herdeira testamentária ou legatária e deixar de fora outra(s) por motivos genuínos diversos. Entretanto, o que se questiona é a (im)possibilidade de utilização do testamento para discriminar e a adequada comprovação dessa discriminação em processo judicial.

As disposições testamentárias que violam preceitos constitucionais, seja estabelecendo condições ilícitas, ilegais ou imorais para o recebimento da herança, seja violando a moral e liberdade individual (política, civil e religiosa) – como exemplo cláusula que condiciona o celibato perpétuo ou a adesão a determinada religião para recebimento da herança, não podem ser consideradas. Mesmo Ana Luiza Maia Navares, defensora da função promocional do testamento, critica o posicionamento adotado em referidos casos: de considerar a condição como não escrita e preservar

⁵⁸⁹ BRASIL, TRT 2ª Região, Dispensa por câncer só é discriminatória se for provado que doença foi a razão do fim do contrato. Disponível em <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/dispensa-por-cancer-so-e-discriminatoria-se-for-provado-que-doenca-foi-a-razao-do-fim-do-contrato> acesso em 10/09/2024.

a disposição testamentária, quando a solução ideal seria a invalidade da disposição testamentária.⁵⁹⁰

O direito dos herdeiros passa a existir com a abertura da sucessão, na data do falecimento do titular do patrimônio, ocasião em que, pelo princípio da *saisine*, os herdeiros passam a ser possuidores dos bens e, quando concluída a partilha serão proprietários do correspondente a sua quota parte. Verifica-se que, muitas vezes, há equívoco entre a expectativa de direito do herdeiro e o direito propriamente dito, que no caso da sucessão, vem apenas com o falecimento. É possível verificar tal equívoco no acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, em que o autor ingressou com ação cautelar de arrolamento de bens em face de seu pai biológico, reconhecido mediante anterior ação autônoma de investigação de paternidade, alegando que teria notícia de que o patrimônio estaria sendo dilapidado em favor dos outros filhos, o que prejudicaria o direito de herança do Requerente. Referida demanda fora extinta em Primeiro Grau, por falta de condições de ação, especificamente por falta de interesse processual, mediante decisão de que o Réu teria plenos direitos de gerir seu patrimônio da maneira que bem lhe aprouver, sem interferência dos herdeiros, os quais tem apenas expectativa de direito. O Autor recorreu da decisão, ao que o Tribunal de Justiça manifestou-se negando provimento e mantendo a sentença, conforme ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE RECONHECEU A AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR, EXTINGUINDO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PEDIDO ACAUTELATÓRIO QUE ESTÁ AMPARADO NA GARANTIA DE UM EVENTUAL DIREITO SUCESSÓRIO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA PRESENTE MEDIDA, DISPOSTOS NOS ARTS. 300, E 301 DO CPC. *CAPUT* IMPOSSIBILIDADE DE SALVAGUARDAR BENS DE HERANÇA DE PESSOA VIVA, SEGUNDO A NORMA INSERTA NO ART. 426, DO CC. PARTILHA PELO ASCENDENTE POR ATO ENTRE VIVOS, RESSALVADO O DIREITO A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, QUE É AUTORIZADA PELO ART. 2018 DO CC. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PRETENSÃO, DIANTE DA EXIGÊNCIA DE DEVIDO LASTRO PROBATÓRIO PARA EVIDENCIAR A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À LEGÍTIMA. INOCORRÊNCIA DE RISCO À EFETIVIDADE DO PROCESSO, POIS OS ARTS. 544, 2002 E 2003 DO CC PRESCREVEM QUE A DOAÇÃO REALIZADA PELOS PAIS A UMA PARTE DE SEUS DESCENDENTES, IMPLICARÁ EM ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA, DE FORMA QUE, NA OCASIÃO DA COLAÇÃO, OS QUINHÕES SERÃO IGUALADOS, RETORNANDO AO MONTE PARTÍVEL DOS BENS OBJETO DE LIBERALIDADES PELO AUTOR DA HERANÇA, RESULTANDO NA APURAÇÃO EQUITATIVA DO QUINHÃO RELATIVO

⁵⁹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 222 e 223.

AOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO.⁵⁹¹

Em resposta ao caso anteriormente mencionado, há precedente do STJ⁵⁹² que entende pela possibilidade de ação de redução de doação inoficiosa mesmo antes do falecimento do dono do patrimônio. Apesar de referido entendimento não estar pacificado entre os doutrinadores⁵⁹³, acredita ser mais adequada essa modalidade de ação em comparação à escolhida pela parte autora no caso acima mencionado, já que arrolamento de bens é modalidade do inventário e este só pode ser aberto com o falecimento do dono do patrimônio.

Esclarece-se, portanto, que os sucessores possuem mera expectativa de direito em relação à herança até o falecimento do sucedido, bem como o autor da herança tem liberdade para dispor, em vida, integralmente do patrimônio e da maneira que preferir, inclusive, desfazendo-se dele por completo. A limitação sucessória está presente ao assegurar a proteção à legítima (limite imanente mencionado em tópico anterior), o que não impede que o dono do patrimônio, por exemplo, venda todos os seus bens e utilize-se da receita para se manter e viajar, por exemplo, deixando os herdeiros sem qualquer possibilidade de recebimento da herança. Giselda Hironaka frisa: “os herdeiros não podem se sentir donos do patrimônio daquele que sucederão enquanto ele não tiver falecido”.⁵⁹⁴

Embora não se tenha acesso às decisões judiciais, caso midiático no direito brasileiro refere-se ao testamento do apresentador Gugu Liberato, que não contemplou nas disposições testamentárias a mãe de seus filhos, tendo deixado a herança apenas para sua própria mãe, seus filhos e sobrinhos, nomeando ainda a irmã como responsável por gerir o patrimônio deixado aos seus filhos. A discussão judicial diz respeito ao reconhecimento da união estável entre a mãe dos filhos do testador (Rose Miriam di Matteo) e a necessidade ou não de readequação das

⁵⁹¹ BRASIL, TJPR, Apelação Cível Autos nº. 0045377-38.2017.8.16.0014, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Anderson Ricardo Fogaça, j. 13.06.2018.

⁵⁹² STJ, REsp 7.879/SP, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, j. 24/02/1994, DJ 20/06/1994.

⁵⁹³ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. *Fraudes no Planejamento sucessório*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 228.

⁵⁹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 495.

cláusulas testamentárias para que ela pudesse ter direito à herança, na qualidade de companheira⁵⁹⁵. Neste caso não há aparentemente discussão sobre discriminação, o cerne da questão dizia respeito ao reconhecimento da união estável com o testador e, em caso positivo, a interferência nas disposições testamentárias para retirar a quota-parte da companheira. De acordo com informação da mídia, o caso se encerrou através de acordo firmado entre as partes e desistência da ação de reconhecimento de união estável por Rose⁵⁹⁶.

Há ainda caso deste ano, cuja manchete midiática afirma que o “mais rico da América Latina”, 14º na lista de bilionários da Forbes com império estimado em cento e dois bilhões de dólares, aproximadamente quinhentos bilhões de reais, estabelece evidente discriminação ao preparar a sucessão dos seus bens estabelecendo cargos de gestão em suas empresas para os filhos, genros e netos do sexo masculino⁵⁹⁷. Evidenciando a urgência que o estudo desse tema pede, especialmente diante da notoriedade tomada pelos planejamentos sucessórios.

Retomando ao caso julgado em Guaxupé, não foram divulgados detalhes das provas produzidas pelas autoras que levaram o magistrado a decidir pela existência de discriminação, tão somente mencionado a existência de fotos que comprovaram que houve convivência das autoras com a avó e afirmação de que havia resistência da avó em reconhecê-las como netas. Entretanto, mesmo discordando da via argumentativa utilizada pelo Magistrado, a decisão foi necessária para chamar a atenção para o tema. Em sua rede social LinkedIn o magistrado Milton Furquim⁵⁹⁸ comenta que o patrimônio discutido neste caso pertencia a renomado fazendeiro da região que inclusive serviu de inspiração para o personagem da novela “O Rei do Gado”, comentou ainda que após a decisão proferida por ele os Réus ofereceram

⁵⁹⁵ VEJA. Gugu Liberato: como foi distribuída no testamento a herança de R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/gugu-liberato-como-foi-distribuida-no-testamento-a-heranca-de-r-1-bi/>>. Acesso em: 10 fev. 2023; VIAPIANA, Tábata. Desembargador reduz para US\$ 10 mil pensão da viúva de Gugu. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/desembargador-reduz-us-10-mil-pensao-viuva-gugu>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

⁵⁹⁶G1. <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/08/31/rose-miriam-desiste-de-provar-uniao-estavel-com-gugu-e-renuncia-ao-processo-que-pedia-metade-do-patrimonio-do-apresentador.ghtml> Acesso em out/2024.

⁵⁹⁷ O GLOBO. Mais rico da América Latina prepara sucessão de império de R\$ 500 bi com 'privilégios' para filhos homens e genros. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/epoca/noticia/2024/02/29/mais-rico-da-america-latina-prepara-sucessao-de-imperio-de-r-500-bi-com-privilegi%E2%80%A6>> Acesso em 1 mar 2024.

⁵⁹⁸ FURQUIM, Milton. A anulação do Testamento do Rei do Gado. *LinkedIn*. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/anula%C3%A7%C3%A3o-do-testamento-rei-gado-milton-biagioni-furquim-qryjf/> acesso em 30/09/2024.

proposta de acordo no caso, motivo pelo qual não houve apreciação em sede recursal pelos Tribunais Superiores, lamentável, tanto para o juiz quanto para os estudiosos da temática, visto que esse caso poderia ser o precedente para a instauração de um direito antidiscriminatório semelhante aos países estrangeiros que seguem as Diretivas da União Europeia. Embora o acordo oferecido possa ter sido oferecido com interesse em acelerar a resolução do caso, ao mesmo tempo fica a dúvida se havia provas relevantes que somadas à decisão de 1º grau levaram os advogados dos Réus a, em uma análise de risco, sugerirem acordo como meio de evitar prejuízo maior aos Réus, que inclusive sofreram condenação em honorários sucumbenciais.

Considerando os dois casos anteriormente mencionados: o primeiro, julgado no Canadá em 2015, em resumo⁵⁹⁹: pai com duas filhas que dispôs em testamento em favor da mais velha apenas, sendo que o real motivo para tal disposição dizia respeito à desaprovação da filha mais nova que engravidou de um relacionamento com pessoa de outra raça, processo que contou com o depoimento de testemunha afirmando que o testador rompeu o vínculo com a filha mais nova quando ela engravidou e que passou a se referir ao neto como “o filho bastardo branco da filha”, tendo sido constatada discriminação implícita na disposição testamentária; e o segundo emprestado da literatura brasileira em que Dom Quixote⁶⁰⁰ utiliza do testamento para interferir expressamente na liberdade matrimonial da sobrinha, dispondo que se ela decidir se casar com homem com gosto literário específico, perderia todo o legado; da análise desses dois casos concretos questiona-se a qual conclusão se chegaria no Brasi: será que a vontade soberana do testador superaria tais disposições discriminatórias?

Ainda que os interesses dos sucessores tenham sido objeto de análise doutrinária⁶⁰¹, há poucas pesquisas no Brasil correlacionando dignidade humana, igualdade em sua dimensão não discriminatória e liberdade do testador. Portanto, em razão da falta de estudo aprofundado pela doutrina civilista sobre esse tema, não é possível responder o questionamento com absoluta convicção. De todo modo, arrisca-se dizer, em mera conjectura, que se a discussão desses casos acontecesse hoje, a doutrina civilista permaneceria defendendo a vontade soberana do testador, fechando

⁵⁹⁹ Caso completo narrado no tópico 2.3.1.

⁶⁰⁰ Caso narrado na introdução.

⁶⁰¹ Cita-se aqui a Função promocional do testamento de Ana Luiza Nevares Maia.

os olhos para as questões discriminatórias, inclusive validando o direito do testador de discriminar.

No direito brasileiro não há qualquer disposição legal expressa que limite a liberdade de testar, impondo ao seu titular a proibição de estabelecer disposições testamentárias que, por atentar contra direitos fundamentais, revelam-se discriminatórias. No entanto, há mecanismos suficientes no Brasil, mesmo diante da ausência de um direito não discriminatório específico, para a tomada de decisões alinhadas a vedação à discriminação sem que isso implique de modo tão agressivo na autonomia privada do testador.

4.3.3 A Nulidade Virtual das Disposições Testamentárias Discriminatórias dos Sucessores

A definição clássica de testamento é “negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual, alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos”⁶⁰².

Ao integrar a categoria de negócio jurídico, se aplica ao testamento todas as invalidades do negócio jurídico e a teoria das nulidades abarca desde as integrantes do perfil estrutural, conectadas diretamente à literalidade da lei, até o conceito atual, que de maneira ampla, abrange os “valores ou interesses no caso concreto, capazes de afetar os efeitos do ato”⁶⁰³. Esse olhar aos valores do ordenamento jurídico evita, ou ao menos diminui, eventuais injustiças que poderiam ocorrer se dependessem tão somente da literalidade da lei.⁶⁰⁴

Por maior número de possibilidades que a lei cogite, ela não consegue prever tudo, os institutos permitem que o direito se torne mais vivo⁶⁰⁵, mais justo e aberto ao

⁶⁰² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

⁶⁰³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 4 e 5.

⁶⁰⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 6. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/291>

⁶⁰⁵ Eugen Ehrlich defende o chamado Direito Vivo que, em sua análise, compreende a sociedade como um agrupamento de associações e não como indivíduos isolados, de modo a complementar o direito legislado. (MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba, Juruá, 2015, cap. IV).

bom senso e raciocínio jurídico, por isso, a doutrina permite identificar situações que a teoria das nulidades, por si só, não seria capaz de atingir⁶⁰⁶, além dela, a jurisprudência apresenta exemplos pertinentes devido à proximidade com as particularidades dos casos concretos, suportando ainda “obstáculos práticos ao absoluto dos princípios”.⁶⁰⁷

Tem-se invalidade do negócio jurídico quando houver nulidade ou anulabilidade, por sua vez, tem-se ineficácia do ato jurídico, nos casos de revogação.⁶⁰⁸

A nulidade pode ser classificada como absoluta ou relativa, total ou parcial⁶⁰⁹, textual ou virtual/tácita⁶¹⁰. Há diferença entre anulabilidade e nulidade relativa, “na anulabilidade o ato é considerado válido até ser anulado por sentença, os atos relativamente nulos são ineficazes desde a sua conclusão, a menos que sejam ratificados, retroagindo a ratificação à época em que foram praticados.”⁶¹¹

Quando a nulidade viola dispositivo legal ou princípio, que estabelece sanção àquele que violou, tem-se a nulidade expressa ou textual, utilizando como exemplo o inciso I do art. 166 do Código Civil que trata da nulidade de negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes; já a nulidade virtual é classificada quando a lei ou ato estipulam requisitos para configurar sua validade, que se não cumpridos implicam em nulidade implícita, também chamada virtual, exemplo é o art. 466 do

⁶⁰⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 6.

⁶⁰⁷ JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909, pp. 137-138 *apud* e traduzido por SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 6.

⁶⁰⁸ GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidade do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 49.

⁶⁰⁹ “A nulidade pode ser total ou parcial, conforme atinja todo o negócio jurídico ou somente parte. A nulidade parcial do ato não prejudicará na parte válida, se esta for separável (*utile per inutile von vitiatur*) (CC, art. 184). É a regra da incomunicabilidade da nulidade que se baseia no princípio da conservação do ato. Deve-se tratar, porém, de um negócio unitário, passível de divisão em partes que não possam, individualmente, desnaturar o ato, e que seja suscetível de subsistir independentemente da parte nula. Negócio unitário e divisível, permanecendo os interesses das partes devidamente resguardados com a parte válida do ato” AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book, p. 620.

⁶¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book, p. 620.

⁶¹¹ GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidade do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 52.

Código Civil que prevê a necessidade do credor manifestar-se sobre promessa de contrato preliminar unilateral, sob pena de operar a nulidade virtual⁶¹².

Francisco Amaral, ao diferenciar a nulidade textual da virtual, define a virtual como a “dedutível das normas ou dos princípios do sistema jurídico”⁶¹³ e destaca que é aplicável “aos negócios jurídicos, que são instrumentos da autonomia privada e que, por isso mesmo, pertencem ao âmbito das relações jurídicas econômicas ou patrimoniais”⁶¹⁴.

Paulo Nalin classifica a nulidade virtual como adequada para casos de violação à função social do contrato⁶¹⁵, já que “um contrato desprendido de sua função social sempre trará consigo um objeto ilícito, uma vez que contraria a ordem jurídica e a finalidade constitucional [...] mesmo que não prevista a sanção”⁶¹⁶, por outro lado, “nem todo contrato distante de sua função será exclusivamente inválido, podendo também e antes disso ser inexistente”.⁶¹⁷

Embora o reconhecimento da nulidade possa ser realizado de ofício pelo juiz, Paulo Nalin e Renata Steiner esclarecem dois pontos que demonstram a necessidade de intimação processual das partes para manifestação antes da decisão declaratória de nulidade: (i) a condição processual de oportunizar a manifestação das partes e evitar a decisão surpresa; (ii) a constatação da possibilidade ou não de conservação dos pactos, que pode ser levantada por uma das partes⁶¹⁸

Neste sentido, verifica-se que embora o ordenamento jurídico tenha previsto expressamente causas de nulidade e anulabilidade do testamento referem-se, respectivamente, ao não cumprimento das formalidades previstas em lei para a

⁶¹² PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil*. v.I. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649105/>. Acesso em: 10 set. 2024.

⁶¹³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book, p. 620.

⁶¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book, p. 621.

⁶¹⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. “Conceito Pós-Moderno de Contrato: em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional”. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2000. 285 fls. *Tese (Doutorado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2020, p. 77 e 260.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 255.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 248.

⁶¹⁸ NALIN, Paulo; STEINER Renata. Nulidade dos negócios jurídicos e conhecimento de ofício pelo juiz: entre o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In NETTO, Felipe Peixoto Braga, SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). *O Direito Privado e o Novo Código de Processo Civil: Repercussões, Diálogos e Tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.87-104, p. 96-99.

realização do ato (nulidade) e em casos em que se constata erro, dolo ou coação (anulação)⁶¹⁹.

Carlos E. Elias de Oliveira, ao defender o princípio da vontade soberana do testador, entende que a função social do contrato não se aplica aos testamentos, já que no art. 421 do Código Civil não tem previsão expressa de que "a liberdade testamentária será exercida nos limites da função social" e que, portanto, "o juiz tem de ser extremamente acanhado", já que o testamento é muito mais que a análise de um contrato.⁶²⁰

As disposições testamentárias redigidas com intenção de fraudar credores podem ser por esses invalidadas⁶²¹, igualmente os casos de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, todas situações que seguem a regulamentação do art. 158 do Código Civil e implicam em anulação do testamento, após comprovação mediante o devido processo legal, segundo art. 177 do Código Civil: "A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade."⁶²².

O rompimento do testamento, por sua vez, acontece em situações específicas envolvendo o desconhecimento do testador da existência de herdeiro, destaca-se os três dispositivos previstos em lei sobre o assunto:

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

⁶¹⁹ BRASIL, Código Civil. Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

⁶²⁰ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Princípio da vontade soberana do testador e o censurável "testamento magistral". *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-21/direito-civil-atual-principio-vontade-soberana-testador-censuravel-testamento-magistral/> Acesso em set/2024.

⁶²¹ GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidez do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120.

⁶²² BRASIL Código Civil, Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Tais dispositivos, em especial o art. 1.973, implicam na ineficácia do testamento integral, independentemente de quem havia sido beneficiado por ele, exemplificativamente, se o testador deixa a parte disponível do patrimônio para apenas um dos seus três filhos e, após o falecimento sobrevir filho que esse desconhecia, a lei determina rompimento do testamento, ou seja, as disposições não produzirão efeito e a parte disponível deixada para um único filho voltará ao monte mor para distribuição por meio da sucessão hereditária.

Neste sentido Regina Bottentuit Gondim explica:

A revogação presumida do testamento resulta da presunção legal de que o de cujus não teria feito tais e quais disposições se tivesse conhecimento da existência de herdeiros necessários. Dá-se, então, a ruptura do ato testamentário, não prevalecendo liberalidade alguma, ainda que não tenha sido ultrapassada a metade disponível. Supõe-se que o testador, existindo pessoas que lhe fossem ligadas por tão firmes laços de parentesco, não teria contemplado, de preferência, estranhos e demais parentes; ou, pelo menos, seriam de menor vulto as liberalidades.⁶²³

Interessante refletir que essa interferência na vontade do testador não é objeto de tantas críticas pela doutrina como a interferência em razão de disposição discriminatória e essa última é muito mais grave e necessária.

Considerando, portanto, que as disposições testamentárias redigidas com vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, fraude contra credores ou lesão, nos termos do art. 158 do Código Civil são invalidadas por configurarem situações ilícitas, questiona-se se as disposições testamentárias discriminatórias (também ilícitas) deveriam seguir a mesma ótica. E, se sim, em qual das categorias da teoria das nulidades do negócio jurídico essa conduta seria melhor alocada: na noção de anulabilidade, ao lado de vícios de consentimento e fraude ou de nulidade?

Antes de responder referida pergunta, considerando especialmente a ausência de legislação específica antidiscriminatória no Direito Privado Pátrio, necessário recorrer ao direito comparado.

José Carlos Vieira de Andrade, a respeito do tratamento discriminatório em disposição testamentária no direito português, entende que só seria possível a

⁶²³ GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidez do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.136.

invalidade do testamento se atentasse contra os bons costumes, interpretação essa segundo os entendimentos do direito privado.⁶²⁴

As autoras espanholas Teodora García e María Rúbio destacam que a liberdade do testador está limitada ao princípio da não discriminação e que, havendo disposição testamentária discriminatória, esta será nula, motivo pelo qual o testador deve levar em consideração os bons costumes antes de impor condições ao recebimento da herança pelos sucessores⁶²⁵.

Os bons costumes também são limites estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro que no art. 187 do Código Civil caracteriza ato ilícito quando excedidos os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁶²⁶

No caso do negócio jurídico testamento, por exemplo, a remoção do ilícito pode ocorrer com a declaração da nulidade de determinada cláusula e redução da disposição testamentária, na forma dos arts. 1.996-1.968, do Código Civil. No entanto, em razão da sistematização do *testamento* como negócio jurídico unilateral, os critérios objetivos descritos no art. 187, do Código Civil precisam ser avaliados e ponderados dentro da unidade do ordenamento do Direito Privado.⁶²⁷

A lição trazida pela Lei Geral de Igualdade de Tratamento na Alemanha, de que liberdade e autonomia fazem parte do núcleo da dignidade humana é aplicável no Brasil, uma vez que “a função social, enquanto limite e razão da liberdade de contratar, não a destitui como princípio fundamental do direito obrigacional nem a afeta enquanto fundamento da dignidade da pessoa humana”⁶²⁸. Na verdade, “o art. 421 do Código Civil enaltece a coexistência dos princípios”.⁶²⁹

⁶²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 278.

⁶²⁵ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 32 e 40.

⁶²⁶ BRASIL, Código Civil 2002. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁶²⁷ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: Liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 105.

⁶²⁸ ARRUDA, Dedêmona Tenório de Brito Toledo; STEINER, Renata Carlos. Função social do contrato e da posse fundamentos para a nulidade virtual dos negócios. In CORTIANO JR., Eroulths, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. (Org.). *Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copêrnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57-83, p. 60.

⁶²⁹ Ibidem, p. 60.

Ainda que o direito brasileiro não tenha recepcionado o “Direito da Antidiscriminação” estabelecido na Europa e em outros países estrangeiros, é inegável o fato de que a discriminação é postura ilícita e reprovável em nosso ordenamento jurídico. Tanto é assim que, quando configurada, possui consequências àquele que discrimina.

Interpretar a liberdade testamentária sem qualquer limite ou mesmo colocando-a em posição de superioridade frente a outros princípios constitucionais significa desrespeitar a Supremacia da Constituição Federal e ignorar os estudos tão profundos da literatura civil-constitucional.

Cristiano Pretto, embora não trate especificamente de disposição discriminatória, entende pertinente “o controle (restrição) da liberdade de testar a partir da aplicação da *cláusula geral de ilicitude* prevista no art. 187 do Código Civil”^{630, 631} e afirma:

“No caso do negócio jurídico testamento, por exemplo, a remoção do ilícito pode ocorrer com a declaração da nulidade de determinada cláusula e redução da disposição testamentária, na forma dos arts. 1.966-1.968, do Código Civil. No entanto, em razão da sistematização do *testamento* como negócio jurídico unilateral, os critérios objetivos descritos no art. 187, do Código Civil precisam ser avaliados e ponderados dentro da unidade do ordenamento de Direito Privado”.⁶³²

Considerando que o direito espanhol repele atos ou contratos com causa ilícita declarando a “*nulidad radical del negocio por causa ilícita*”⁶³³ e retomando os argumentos utilizados por Paulo Nalin ao classificar a nulidade virtual como adequada para casos de violação à função social do contrato:

[...] ante a expressiva agressão ao ordenamento constitucional que proporciona o exercício da autonomia privada desvinculada de uma funcionalização social, em consonância com o anteriormente visto, notadamente a violação ao interesse geral da sociedade, mostra-se imperioso concluir pela nulidade do negócio contratual.⁶³⁴

⁶³⁰ PRETTO, Cristiano. *Op cit.*, p. 105.

⁶³¹ BRASIL, Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁶³² PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: Liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Ed., 2015, p.105.

⁶³³ RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*. Tirant do blanch: Valencia, 2013, p. 232.

⁶³⁴ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. “Conceito Pós-Moderno de Contrato: em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional”. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2000. 285 fls. *Tese (Doutorado em*

Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça caracterizou como abusiva, cláusula contratual que limitava o tempo de internação em UTI, em contratos de consumo. Como argumento, ressalta a “vedação de restringir-se em contratos direitos fundamentais” e como sanção, a nulidade de pleno direito prevista no artigo 51, da Lei 8.078/90:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-XV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado.
II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, **da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais** e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial.⁶³⁵

Com amparo no entendimento acima, considera-se possível que disposições testamentárias discriminatórias também possam ser consideradas nulas por atentarem contra direitos fundamentais. Entretanto, como referida causa de nulidade não está prevista no ordenamento jurídico, poder-se-ia cogitar de nulidade virtual, que se caracteriza como uma hipótese de nulidade tácita ou não expressa. Considerando-se que a liberdade de testar sofre os efeitos da *Drittwirkung*, de modo que pode ser limitada quando colidir com disposição testamentária discriminatória, se está diante da sanção cabível. Em conformidade com o princípio da conservação do negócio jurídico, somente seria nula a cláusula que importa em discriminação, mantendo-se o restante do testamento por sua utilidade econômica e social. Na mesma linha, não faz sentido que um negócio jurídico com efeitos *post mortem*, como é o caso do testamento, seja utilizado como um instrumento discriminatório. Portanto, é possível, necessário e prudente que se oportunize a qualquer herdeiro com sentimento de que

Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2020, p. 248.

⁶³⁵ BRASIL. STJ. REsp n. 251.024/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em 27/9/2000, DJ de 4/2/2002, p. 270.

fora discriminado pelo testador o direito a questionar e provar tal fato via ação declaratória de nulidade.

Importante destacar que não se trata de legitimar o “testamento magistral”⁶³⁶ como denominado por José Simão, uma vez que o magistrado não deve adotar a postura de intervenção nas disposições testamentárias para incluir eventuais herdeiros que tenham sofrido a discriminação, mas sim aplicar a nulidade virtual à disposição testamentária que, após o devido processo legal, seja comprovadamente configurada discriminatória por contrariar direitos fundamentais.

Entende-se que na análise de cada caso, o magistrado deverá analisar as provas da discriminação direta ou indireta e, se constatada a discriminação, deverá declarar a nulidade virtual e, ao contrário das causas de rompimento do testamento – que torna o testamento inteiro sem efeito – entende-se que poderia se aplicar o princípio da conservação do negócio jurídico, previsto no art. 170 do Código Civil⁶³⁷, ou seja, declarar a nulidade virtual apenas da cláusula discriminatória, já que “no testamento, a nulidade da cláusula não contamina o resto do negócio, salvo se houver íntima conexão com as demais cláusulas, de modo que uma não possa vigorar sem a outra”⁶³⁸, nos termos do art. 1.910 do Código Civil⁶³⁹.

⁶³⁶ SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em duas partes: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte/> e <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/>

⁶³⁷ BRASIL, Código Civil. Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

⁶³⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. *E-book* p. 621.

⁶³⁹ BRASIL, Código Civil. Art. 1.910: A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Toda vez que você se encontrar do lado da maioria, é hora de parar e refletir”⁶⁴⁰. Não é tarefa fácil tratar de discriminação no testamento, especialmente diante da aversão da civilística pátria quanto à limitação da liberdade testamentária, cuja denominação “vontade soberana do testador”, por si só demonstra a “hipertrofia da autonomia da vontade” ainda operante. Na visão da maioria dos civilistas brasileiros que se debruçam às discussões envolvendo direito das sucessões⁶⁴¹, o testamento deve ser instrumento de liberdade do testador e qualquer limitação prejudicará a liberdade do titular do patrimônio, pode desvirtuar o instituto ou, ainda, desestimular o seu uso.

A doutrina deve sim zelar pelo exercício da liberdade testamentária, até porque é um direito fundamental, com previsão expressa no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, da Constituição da República, associado ao direito à liberdade, à propriedade, à vida privada e à herança; ou seja, a liberdade de testar é um direito que agrupa esses vários direitos fundamentais. Ocorre que, assim como todo direito fundamental, submete-se a limites internos e externos.

Considerando-se que tais teorias são pouco conhecidas no direito civil, buscou-se revelar sua aplicação nas relações sucessórias: enquanto a teoria interna concebe o direito fundamental e suas limitações como algo único, de tal modo, que não passa de uma autolimitação, a teoria externa separa o direito de suas restrições. Enquanto a primeira se baseia em um suporte fático mais restrito, encontrando na Constituição e na legislação infraconstitucional os limites imanentes, a segunda tem um suporte fático amplo, operando restrições externas, por meio do sopesamento e da proporcionalidade entre princípios e regras.

As codificações modernas afirmaram uma liberdade de testar quase absoluta, em razão do princípio da unidade de sucessão, que conferiu um caráter abstrato à transmissão sucessória, não importando a pessoa do sucessor, mas tão somente a vontade do sucedido. Este panorama permanece na civilística atual, uma vez que se

⁶⁴⁰ Frase do escritor norte-americano Mark Twain, pseudônimo de Samuel Langhorne Clemens.

⁶⁴¹ Por todos SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em duas partes: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte/> e <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/> e DELGADO, Mário Luiz. *O Direito Fundamental de Herança sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

percebe uma neutralidade do direito das sucessões às transformações que ocorreram na família e na propriedade, sendo pouco alcançado pelo movimento de funcionalização dos direitos subjetivos.

A intangibilidade da legítima apresenta-se como limite imanente à liberdade de testar, nos termos da teoria interna, pois há regras que limitam a liberdade de testar com relação ao *quantum* do patrimônio disponível, nos termos da lei e da situação fática. Com efeito, se o testador não possuir herdeiros necessários, poderá dispor da integralidade do seu patrimônio, demonstrando a prevalência da proteção familiar sobre a defesa do direito de propriedade, na justificativa do direito sucessório. Para tanto, acolhe-se a solidariedade familiar, não como um dever moral, mas como um dever de alteridade. Em que pese referido instituto ser fortemente criticado pelos doutrinadores do direito sucessório, entendendo que a legítima deveria deixar de existir ou, ao menos, ter seu percentual reduzido, suas regras permanecem vigentes até o momento.

Apenas a legítima é reconhecida na civilística brasileira como limite à liberdade testamentária, a discriminação dos sucessores é tema invisível na doutrina pátria, embora de ampla relevância em ordenamentos jurídicos estrangeiros, os quais seguem Diretivas da União Europeia que propôs um princípio de direito não discriminatório bem aceito entre os países membros e ainda ganhou espaço em diversos outros; destaca-se que a vasta doutrina espanhola que não apenas reconheceu o princípio da não discriminação advindo das Diretivas como se posicionou acerca da possibilidade de aplicação à liberdade de testar.

Não é de se estranhar tal invisibilidade no direito brasileiro, já que a discriminação no Direito Privado é questão ainda tímida no Brasil, tendo sido recepcionada apenas no Direito do trabalho através de entendimento sumulado e reconhecida pelos tribunais na seara do Direito Contratual, através de interpretação civil-constitucional.

Tais entendimentos, ainda que de forma tímida, serviram de ponto de partida para a compreensão da importância e análise da problemática em questão, quais sejam: a conduta do empregador que, no exercício da liberdade de contratar e dispensar quem bem entender, é proibido de discriminar funcionário acometido por HIV ou outra doença grave, nos termos da súmula 443 do TST; ou ainda, nos casos de recusa de prestação de serviços para determinadas pessoas por motivo de religião,

orientação sexual ou raça, que se enquadram na proibição de discriminação no direito contratual, ensejando inclusive reparação por danos morais.

O cerne da discussão envolvendo as duas searas (trabalhista e contratual) é o mesmo proposto para acolher a proibição da discriminação no testamento: a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para além do respeito à liberdade testamentária, direito fundamental que merece proteção, é necessário também avaliar o princípio da igualdade e sua importante posição como fundamento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora os interesses dos sucessores e a função promocional do testamento já tenham sido explorados por Ana Luiza Maia Nevares, a igualdade que se apresenta como fundamento desta tese traz consigo suas dimensões negativa, relativa à proibição de discriminação, e positiva, relacionada ao mandamento de tratamento de igualdade; além disso, a discussão envolvendo as particularidades da eficácia do princípio da igualdade nas relações privadas é pertinente na medida em que ela deve ocupar o próprio espaço de maneira ponderada e proporcional ao exercício da liberdade. Significa dizer que a liberdade do testador deve ser exercida não apenas nos limites da legítima, mas também respeitando a dimensão negativa do princípio da igualdade de modo a proibir a discriminação nas disposições testamentárias.

Considerando a legítima como limite interno à liberdade de testar, propõe-se a proibição de discriminar como limite externo e a necessidade de observância dos critérios de ponderação entre liberdade e igualdade em conformidade à razoabilidade e proporcionalidade de cada caso.

Uma das críticas à proposta apresentada se apoia no argumento de que a maioria dos testamentos são públicos e o notário jamais permitiria a colocação expressa de cláusula discriminatória, de fato, acredita-se que no testamento público dificilmente haverá disposição expressa do testador afirmando, por exemplo, que estaria privilegiando um herdeiro necessário em virtude de sua orientação sexual, etnia, posicionamento político ou religioso ou até mesmo pelo gênero. No entanto, a presente tese faz referência ao testamento de modo geral, abarcando, portanto, tanto o testamento público quanto o testamento particular que, embora apresente vários requisitos, é similar ao público na sua finalidade e igualmente não possui regramento específico tratando de discriminação, portanto ainda que em geral o número de testamentos públicos supere os particulares, ambos foram abrangidos por este estudo que tratou da categoria testamento em sua concepção ampla. Além disso, a

discriminação pode se apresentar de maneira implícita no testamento, assim como ocorrida nas situações analisadas por analogia (quando há uma negativa do prestador de serviços que uma pessoa integrante de um grupo protegido tenta contratar ou até mesmo na interpretação dada pelo Direito do Trabalho que evidenciando a inexistência de outros motivos é possível presumir a demissão sem justa causa de funcionário acometido por HIV ou doença grave como discriminatória).

Deste modo conclui-se que por integrar a categoria de negócio jurídico, o testamento não comporta discriminação. Em casos de discriminação expressa aplica-se a nulidade virtual da disposição e a observância ao princípio da conservação do negócio jurídico, previsto expressamente no art. 170 do Código Civil.

A problemática central do presente estudo baseou-se na pergunta: Qual o alcance da liberdade de testar quando se trata de discriminação de herdeiros?

Atrelada à pergunta central, surgiram outras várias: de que modo o titular do patrimônio pode testar privilegiando um ou alguns herdeiros necessários em detrimento de outros da mesma categoria? Quando um testamento nessas condições pode ser considerado discriminatório? E se no testamento, o ato de deixar herdeiros legítimos de fora da parte disponível seja justamente motivado pela raça, opção religiosa ou afetiva do herdeiro preterido? Cabe ao direito sucessório investigar se a disposição testamentária sem justificativas por parte do testador corresponde a ato discriminatório velado?

O testador é livre para fazer escolhas no que diz respeito ao destino da parte disponível da herança, portanto pode dispor para pessoa x, deixando de fora pessoa y, sem a necessidade de justificar seus motivos e pouco importando as características da pessoa beneficiada e das inúmeras outras que não foram escolhidas. Agora, se o testador se utilizar da parte disponível para privilegiar herdeiro necessário em detrimento de outro(s) da mesma categoria, a situação muda: se a motivação é genuína, como é o caso de privilegiar determinado herdeiro que possui vulnerabilidade em relação a outro, ou ainda, como forma de indenizar herdeiro que se dedicou aos cuidados do autor da herança, não se identifica situação discriminatória. Por outro lado, utilizando como premissa que o desconhecimento pelo testador de herdeiro necessário na lavratura do testamento é causa de revogação do testamento, se o testador faz uso do testamento para discriminar herdeiro necessário tem-se situação ilícita. Caso seja uma questão de preferência do testador, motivada por causa genuína, que implicará em desprestigiar herdeiro necessário que integra categoria

protegida, nesses casos o ideal é que o testador esclareça sua motivação para evitar possibilidade de interpretação da disposição testamentária como discriminatória. Inexistindo motivação ou sendo essa inverídica, o herdeiro preterido precisará comprovar judicialmente a discriminação alegada, de maneira similar ao já decidido na justiça do trabalho.

Nesse sentido entende-se que o posicionamento adotado no caso de Guaxupé foi inadequado na medida em que a parte disponível da testadora foi direcionada aos netos e os herdeiros necessários dela eram os filhos, o raciocínio estaria alinhado à proposta desta tese se a testadora tivesse deixado de fora algum(uns) filho(s), integrante(s) de categorias protegidas e comprovada motivação discriminatória; ou se inexistissem filhos e os herdeiros necessários do caso fossem os netos.

Percebe-se, portanto, que o caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná que considerou o termo “filhos legítimos” constante nas disposições testamentárias como “filhos verdadeiros” está em consonância com o posicionamento deste estudo. Da mesma forma entende-se que a disposição testamentária de Dom Quixote que expressa condição ao recebimento do legado pela sobrinha com condição que interfere em sua liberdade matrimonial é discriminatória e, portanto, nula de pleno direito. Ressalta-se, por fim, a decisão proferida no Canadá que mesmo sem discriminação expressa na disposição testamentária restou comprovado que o testador retirou direitos da herdeira necessária, sua filha mais nova, com base em discriminação racial (por ter gerado filho de homem branco) se alinha perfeitamente à proposta desta tese.

Destaca-se que a presente tese não tem por objetivo minar a liberdade de testar ou descredibilizar a autonomia privada do testador, ao contrário, considera-se legítimo e necessário o exercício desse direito fundamental desde que ele não seja utilizado como instrumento para promover discriminações. Como todo direito fundamental deve observância a limites iminentes ou externos mediante aplicação ponderada e proporcional aos outros direitos fundamentais envolvidos.

O objetivo inicial desta tese era propor soluções para casos de discriminação nas disposições testamentárias, mas os estudos proporcionaram a constatação da invisibilidade do tema na doutrina brasileira que prescinde qualquer proposta e que pode servir como desconstrução e ponto de partida para a reanálise da liberdade testamentária nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALOY, Antoni Vaquer. Libertad de testar y condiciones testamentarias. InDret: *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2015, fls. 24 (não paginado).

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed. Almedina: Coimbra, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271-298.

ARGENTINA, Código. Disponível em [//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf) Acesso em 05/10/2024.

ARRUDA, Dedêmona Tenório de Brito Toledo; STEINER, Renata Carlos. Função social do contrato e da posse fundamentos para a nulidade virtual dos negócios. In CORTIANO JR., Eroulths, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. (Org.). *Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57-83.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, 2007.

BARBOSA, Edgard Fernando; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Pessoa com Deficiência e a Tomada de Decisão Apoiada como Salvaguarda à Liberdade de Testar. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. V. 113 (mar./abr./2023), p. 35-51.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *Seminário Nacional de Dimensões, UNOESC*. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>> p. 131-142. Acesso em 18 ago. 2018.

BRASIL, Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/> Acesso em 22/09/2024.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Código Civil de 2002.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

BRASIL, STJ, *Recurso Especial nº 1.674.162-MG*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12 fev. 2019.

BRASIL, STJ. *REsp nº 878694-MG*, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>> Acesso em 01 mar 2019.

BRASIL, TJPR, Apelação Cível Autos nº. 0045377-38.2017.8.16.0014, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Anderson Ricardo Fogaça, j. 13.06.2018.

BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 7.879/SP, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, j. 24/02/1994, DJ 20/06/1994.

BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 2013137-PR (1999/0009548-0), Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 01/02/2020.

BRASIL, TRT 2ª Região, Dispensa por câncer só é discriminatória se for provado que doença foi a razão do fim do contrato. Disponível em <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/dispensa-por-cancer-so-e-discriminatoria-se-for-provado-que-doenca-foi-a-razao-do-fim-do-contrato> acesso em 10/09/2024.

BRASIL, STF, BRITTO, Ayres. Debate no julgamento do RE 597285 / RS p. 73. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998> Acesso em 22/09/2024.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 337-353.

CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.].

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 7, n. 22, p. 15–20, 2013. DOI: 10.30899/dfj.v7i22.279. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/279>, p. 19.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote*. Adaptação de Marcelo Montoza. 1 ed., Cotia/SP: Pé da Letra, 2018, p. 240.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-2021/>.

CORTIANO JR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. A liberdade testamentária *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, n. 4, Cascavel: NEJUS, p. 2015, p. 41-74.

CORTIANO JR., Erouths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. Almedina: Coimbra, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. *O Direito Fundamental de Herança sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 222 a 227

Derechos fundamentales y Derecho de sucesiones. Los testamentos discriminatorios o que limitan los derechos y libertades del favorecido. *Revista Jurídica de Illes Balears*, nº 22, p. 6. Disponível em: <https://revistajuridicaib.icaib.org/>. Acesso em: 03/04/2024.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. O direito das sucessões na reforma do Código Civil. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil/> Acesso 16/09/2024.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003 p. 91.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia de Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FURQUIM, Milton. A anulação do Testamento do Rei do Gado. *LinkedIn*. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/anula%C3%A7%C3%A3o-do-testamento-rei-gado-milton-biagioni-furquim-qryjf/> acesso em 30/09/2024.

FURQUIM, Milton Biagioni. Juiz de Direito de Guaxupé, Minas Gerais, Autos nº 0058435-49, Sentença disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf> e <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial> Acesso em 01/02/2020.

GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. La libertad de testar: *El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014.

GERSON, Jean. Judge rejects Ontario man's 'racist will' that disinherited daughter for having 'bastard white son'. *National Post*. News Canada, Disponível em <https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son> Acesso em out/2024.

GOMES, Felipe Lima. "O Direito Fundamental à Herança: Âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização". *Tese (Doutorado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2015.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidez do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. Límites constitucionales a la libertad de testar. In ALOY, Antoni Vaquer; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez; Capdevila, Esteve Bosch. *La Libertad de testar y sus límites*. Marcial Pons: Madrid, 2018.

GOUVÊA, Carina Barbosa. Supremacia do Testamento e Autonomia da Última Vontade versus Discriminação: Uma Aula de Direitos Humanos. AREL FAAR - AMAZON'S RESEARCH AND ENVIRONMENTAL LAW, v. 6, n. 2, p. 18-44, Ariquemes/RO, mai. 2018.

G1. <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/08/31/rose-miriam-desiste-de-provar-uniao-estavel-com-gugu-e-renuncia-ao-processo-que-pedia-metade-do-patrimonio-do-apresentador.ghtml> Acesso em out/2024.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso País é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 1, p. 413-422, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0413_0422.pdf. Acesso em: 15/11/2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo e MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501.

JOTA. Casa de eventos deve indenizar casal gay por recusa a celebrar casamento. JOTA, São Paulo, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressao/casa-de-eventos-deve-indenizar-casal-gay-por-recusa-a-celebrar-casamento>. Acesso em: 30/08/2024.

KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. In BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. *Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas*. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 19-29.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LINS, Regina Navarro. *Novas formas de amar*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

LÔBO, Paulo. *Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>> Acesso em 05 mar. 2019.

LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. *Fundamentos de Derecho Civil: Doctrinas generales y bases constitucionales*. Valencia: Tirant to blanch, 2012.

MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba, Juruá, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba, Juruá, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Direito das Famílias: Amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. In CANOTILHO, J.J. G. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva, 2018, p. 365. [digital – minha Biblioteca, UniBrasil].

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Igualdade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 2, Abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-2/igualdade>

MIGALHAS. Caso envolvendo liberdade religiosa e discriminação sexual é analisado por Suprema Corte dos EUA nesta semana. Migalhas, São Paulo, 5 dez. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/270660/caso-envolvendo-liberdade-religiosa-e-discriminacao-sexual-e-analisado-por-suprema-corte-dos-eua-nesta-semana>. Acesso em 01/10/2024.

MIRANDA, Pontes De. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo III Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral...* atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. “Conceito Pós-Moderno de Contrato: em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional”. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2000. 285 fls. *Tese (Doutorado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2020.

NALIN, Paulo; STEINER Renata. Nulidade dos negócios jurídicos e conhecimento de ofício pelo juiz: entre o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In NETTO, Felipe Peixoto Braga, SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). *O Direito Privado e o Novo Código de Processo Civil: Repercussões, Diálogos e Tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.87-104,

NAVARRETTA, Emanuela. Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. *Revista de Derecho Privado*, nº 27, Julio-Diciembre de 2014.

NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 2, p. 75-92, 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/549/115>. Acesso em: 30/09/2024.

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

NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-294).

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. I. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NÚÑEZ, Carlos Ramos. *Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional*. Disponível em <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/2069/2595> Acesso em 22/09/2024.

O GLOBO. Mais rico da América Latina prepara sucessão de império de R\$ 500 bi com 'privilégios' para filhos homens e genros. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/epoca/noticia/2024/02/29/mais-rico-da-america-latina-prepara-sucessao-de-imperio-de-r-500-bi-com-privilegi%E2%80%A6> Acesso em 01/03/2024.

O GLOBO. Supremo dos EUA dá vitória a confeitiro que negou bolo a casal gay. O Globo, Rio de Janeiro, 4 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/supremo-dos-eua-da-vitoria-confeitiro-que-negou-bolo-casal-gay-22744369> Acesso em 01/10/2024.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para a partilha de bens. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquiteturas do Planejamento Sucessório. Tomo II*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 27-39.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Princípio da vontade soberana do testador e o censurável "testamento magistral". *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-21/direito-civil-atual-principio-vontade-soberana-testador-censuravel-testamento-magistral/> Acesso em set/2024.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família* (direito matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

O'NEIL, Brian Juan. *Proprietários, Lavradores e Jornaleiras: Desigualdade social numa aldeia transmontana, 1870-1978*, cap. 5, p. 203-287. Disponível em <https://books.openedition.org/etnograficapress/1547>

OVIEDO, Margarita Herrero. El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privados de los Derechos Fundamentales. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: InDret, Abril 2012.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil*. v.I. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.540. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649105/>. Acesso em: 10 set. 2024.

PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A Proibição de Discriminação da Pessoa com Deficiência em Contratos. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *Desafios da Saúde na nova realidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 215-244.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

PIOVESAN, Flavia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: Liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Ed., 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REINO UNIDO. *Equality Act 2010*. 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>. Acesso em: set/2024.

RIBEIRO, Weslley Carlos. Os princípios constitucionais como substrato material da dignidade humana. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 11, n. 2, p. 227-247, p. 230. <https://revistas.unifiefp.br/rmd/article/view/558/578>

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. In MARRERO, Carolina Mesa. *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*. Tirant do blanch: Valencia, 2013.

RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación Directa y Indirecta. **InDret**. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, p. 2-17.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). *Direito Privado e Constituição*. Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455.

SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, Liberdade e Justiça*. Curitiba: Íthala, 2017, p.11-59.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012 [versão digital].

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 174 (versão digital, não paginado).

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: PASSIG, Andressa; JAYME, Camila Soares Cavassin; PIRES, Joyce Finato (Orgs.). *Direitos fundamentais e novas tecnologias: estudos em homenagem ao Prof. Marco Berberi*. Curitiba: Íthala, 2023, p.71-89.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Teoria interna: disciplina Regulação de Direitos Fundamentais – Mestrado UniBrasil*. 2019. 4 f. Notas de Aula. Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Curitiba, 23 out. 2019.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 389-416.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração ente proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 509-525.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé. *Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em duas partes: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte/> e <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/> Acesso em set/2024.

SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice Dias. (Org.). *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 499.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos Fundamentais e Suporte Fático: Notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009*.

SOBRAL, Luciane. O direito fundamental à liberdade de testar e as implicações da sucessão do companheiro após o RE 878.694/MG. *Anais da VII Jornada de Direitos Fundamentais da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 29/10/2020, Unifor/CE*.

SOBRAL, Luciane. “Planejamento Sucessório: Resignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais”. Orientadora: Rosalice Fidalgo Pinheiro. 2020. 131 fls. *Dissertação (Mestrado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, 2020.

SOBRAL, Luciane. Reflexões sobre a era digital e as formalidades testamentárias. In: PASSIG, Andressa; JAYME, Camila Soares Cavassin; PIRES, Joyce Finato (Orgs.). *Direitos fundamentais e novas tecnologias: estudos em homenagem ao Prof. Marco Berberi*. Curitiba: Íthala, 2023, p. 247-258.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada” In *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo*, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A sucessão dos direitos autorais: O testamento como instrumento para o exercício da autonomia privada. In MORBINI, Francieli K.; SOBRAL, Luciane (Org.) *As Interfaces dos Direitos Fundamentais: estado, democracia e direitos fundamentais*. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 199-214.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 1-48. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>>.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos/> Acesso em 10/09/2024.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos Princípios Constitucionais na Interpretação do Direito Sucessório Contemporâneo. In MENEZES, Joyceane Bezerra; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. p. 101.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro? In TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 125-139.

TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. *Captação Dolosa da Vontade do Testador*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165-212.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, que altera a Diretiva 76/207/CEE do Conselho relativa à implementação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e nas condições de trabalho. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002L0073>.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. *EUR-Lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0080>.

UNIÃO EUROPEIA. *Fundamental Rights Agency* (FRA). Disponível em: <http://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/21-nao-discriminacao#:~:text=1.,2..> Acesso em: set/2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Tipos de legislação*. Disponível em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_pt. Acesso em: 10/09/2024.

UNITED STATES, SUPREME COURT. *Pennsylvania Railroad Co. v. Rychlik*, 353 U.S. 230 (1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/353/230/#:~:text=For%20this%20reason%2C%20the%20Board,not%20inconsistent%20with%20this%20opinion.&text=Get%20free%20summaries%20of%20new,opinions%20delivered%20to%20your%20inbox!>

VALESI, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

VELOSO, Zeno. Do testamento particular. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 453-465.

VELOSO, Zeno. "Testamento: o último desejo". In PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.) *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

VEJA. Gugu Liberato: como foi distribuída no testamento a herança de R\$ 1 bi. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/gugu-liberato-como-foi-distribuida-no-testamento-a-heranca-de-r-1-bi/> . Acesso em: 10 fev. 2023;

VIAPIANA, Tábata. Desembargador reduz para US\$ 10 mil pensão da viúva de Gugu. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/desembargador-reduz-us-10-mil-pensao-viuva-gugu>. Acesso em: 10 fev. 2023.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A state action doctrine norte-americana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/335023/a-state-action-doctrine-norte-americana-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil> Acesso em 11.10.2024.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. Cláusulas testamentárias para proteção de herdeiros menores. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. *Direito das Sucessões: Problemas e Tendências*, Belo Horizonte: Editora Foco, 2022, p. 319-338.