

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TESTAR E AS
LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO DIREITO SUCESSÓRIO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE
LUHMANN**

MATEUS RIGO LONGO

Passo Fundo - RS, março 2021

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TESTAR E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN

MATEUS RIGO LONGO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonel Severo Rocha

Coorientadora: Professora Doutora Júlia Francieli Neves Oliveira

Passo Fundo - RS, março 2021

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre me guiando na caminhada, dando força e coragem para superar os obstáculos.

A minha família, meu pai Alberto, minha mãe Rossandra pela educação que recebi e por jamais deixarem de apoiar meus estudos, sempre fornecendo toda a ajuda necessária, além de minha irmã Eduarda que sempre esteve ao meu lado.

A minha namorada Juliane, a qual sempre se colocou à disposição para me escutar nos momentos em que precisava e entender nos momentos de dificuldade, além do apoio e carinho que sempre me deu.

Aos amigos da vida e colegas do escritório, em especial a Vitor Hugo Oltramari e Fernanda Oltramari, que sempre se mostraram apoiadores e incentivadores dos meus estudos.

Aos meus orientadores Leonel Severo Rocha e Júlia Francieli Neves Oliveira, pela paciência, conselhos e ensinamentos durante a pesquisa.

Aos meus colegas pela ajuda e companheirismo durante o curso, os quais irei levar para além da sala de aula, pois se tornaram amigos que posso contar.

Em geral, a todos que de certo modo, ajudaram nessa caminhada.

Meus mais sinceros agradecimentos.

ATA 04/2021 DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO (A) CANDIDATO (A) MATEUS RIGO LONGO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO.

Aos oito dias do mês de abril de dois mil e vinte e um, às 15h, de forma remota, amparada pela Portaria nº 36, de 19 de março de 2020, sob a Presidência da Dr. Leonel Severo Rocha, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Examinadora da defesa de dissertação de **MATEUS RIGO LONGO**, do Programa de Pós-Graduação Direito, constituída pelos Doutores: Leonel Severo Rocha (Orientador), e co-orientação Dra. Julia Francieli Neves Scherbaum, Dr.Liton Lanes Pilau Sobrinho e Dr.João Ricardo Aguirre, indicados pelo Conselho do Programa de Pós-Graduação em Direito. Iniciados os trabalhos, a presidência deu conhecimento aos membros da comissão e ao (à) candidato (a) das normas que regem a defesa de dissertação e definiu a ordem a ser seguida pelos examinadores para a arguição: a seguir, o candidato passou a apresentação e defesa de sua Dissertação intitulada **“A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TESTAR E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN”**. Encerrada defesa, a Banca Examinadora considerou o (a) candidato (a) **APROVADO COM DISTINÇÃO E LOUVOR**. Para fazer jus ao Título de “Mestre em Direito - Área de Concentração – Novos Paradigmas” é necessário que o candidato entregue no prazo de 45 (quarenta e cinco dias), a partir desta data, cópias da versão definitiva da dissertação, na secretaria do programa, com as alterações sugeridas pelos membros da Comissão Examinadora. Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente Ata, que vai assinada pelo Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, aos oito dias do mês de abril de dois mil e vinte e um.

Dra. Leonel Severo Rocha

Presidente da Comissão Examinadora
Orientadora

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coordenador PPGDireito

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Membro interno

Dr. João Ricardo Aguirre

Membro externo

Me. Edmar Vianeí Marques Daudt

Diretor Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO – PPGDIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação de Mestrado

**A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TESTAR E AS LIMITAÇÕES
IMPOSTAS PELO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR
DA TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN**

elaborada por

Mateus Rigo Longo

Como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Doutor Leonel Severo Rocha
(Presidente – Orientador)

Profa. Doutora Julia Francieli Neves Oliveira
(Coorientadora)

Prof. Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho
(Membro da banca)

Prof. Doutor João Ricardo Aguirre
(Membro da banca)

Passo Fundo - RS, março 2021.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, março 2021

MATEUS RIGO LONGO

Mestrando

ROL DE CATEGORIAS

Liberdade: é um direito para opor-se à autoridade como um veículo para manutenção da ordem social.¹ Segundo Nagib Slaibi Filho refere que “não basta ao indivíduo viver (existir); é necessário que possa alcançar os espaços sociais e materiais que sua individualidade exige”.²

Autonomia da vontade: É direito e garantia fundamental que confere a pessoa o poder de autodeterminar-se, tendo a liberdade de estabelecer as normas que irão reger suas relações privadas.³

Sucessão Legítima: é aquela chamada de transmissão causa mortis, ou seja, decorrente natural da morte do de cujus, destinada as pessoas que constam legalmente como herdeiros do autor da herança. Essa indicação feita pela lei ocorre através da chamada ordem da vocação hereditária.⁴

Direito à Legítima: constitui a legítima a metade dos bens deixados pelo *de cujus* ou falecido, os quais são de direito, pertencentes aos herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e cônjuge. Assim, nos casos em que o testador possui herdeiros necessários, não poderá testar mais do que a metade de seu patrimônio, ficando a outra metade assegurada aos herdeiros necessários. Essa metade garantida aos herdeiros necessários é o que constitui a legítima.⁵

Sucessão testamentária: é aquela na qual a designação dos bens/patrimônio se regula em conformidade com a vontade expressa de seu proprietário, por meio da realização de um negócio jurídico unilateral chamado de testamento.⁶

¹ SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** 2018. p. 260.

² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 317.

³ CARMINATE, Raphael Furtado. O Direito à Legítima e a Autonomia Privada do Testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 2, p. 33 e 59, mar./abr. 2014, p. 52.

⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124.

⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 761.

⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 514.

Redução das disposições testamentárias: consiste na possibilidade de os excessos praticados pelo autor do testamento quanto a quota disponível serem reduzidos. É um ajuste ao ato de última vontade do testador, para que sejam equilibradas a parte legítima e a disponível, conforme os limites estabelecidos legalmente.⁷

Rompimento do testamento: é a perda da validade do testamento em decorrência da superveniência de descendente do testador ou da ignorância da existência de herdeiro necessário no momento da confecção do testamento.⁸

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões:** Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 476.

⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| RESUMO..... | 9 |
| ABSTRACT..... | 11 |
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1 | 15 |
| O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE..... | 15 |
| 1.1 O SURGIMENTO E AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 15 |
| 1.2 A EVOLUÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE | 28 |
| 1.3 O DIREITO À LIBERDADE E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA DA VONTADE | 42 |
| CAPÍTULO 2 | 48 |
| O DIREITO SUCESSÓRIO | 48 |
| 2.1 FUNDAMENTO E ORIGEM DO DIREITO DAS SUCESSÕES..... | 48 |
| 2.2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E O DIREITO À LEGÍTIMA..... | 56 |
| 2.3 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E INSTITUTOS DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA | 64 |
| CAPÍTULO 3 | 81 |
| A ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE O DIREITO A LIBERDADE E AUTONOMIA A VONTADE COM OS INSTITUTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN..... | 81 |
| 3.1 A LIBERDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE AOS LIMITES LEGAIS IMPOSTOS PELO DIREITO DAS SUCESSÕES | 81 |
| 3.2 A TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN E O PARADOXO MATEMÁTICO DA PARÁBOLA DO DÉCIMO SEGUNDO CAMELO | 91 |
| 3.3 AS NOVAS PERSPECTIVAS PARA O TEMA COM A APLICAÇÃO DA TEORIA SISTÊMICA NAS DECISÕES JUDICIAIS | 102 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 115 |
| REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS..... | 120 |

RESUMO

O trabalho busca analisar as limitações legais impostas ao testador por meio de institutos do direito das sucessões frente ao direito constitucional a liberdade e a autonomia da vontade da pessoa. Com isso, objetiva-se examinar o direito à liberdade em âmbito constitucional e o direito sucessório quanto aos regramentos do testamento, bem como, confrontar estes institutos e analisá-los a partir de um viés sociológico com a teoria sistêmica e a parábola do décimo segundo camelo proposta por Niklas Luhmann. Assim, apresenta-se como problema da pesquisa: Sob quais fundamentos a Teoria Sistêmica é apta a lidar com as demandas de uma sociedade democrática, que conta com irritações complexas em uma grande e diversificada malha de comunicação que limitam a vontade do testador. Como hipóteses destacou-se a Teoria Sistêmica de Luhmann e o direito normativo, se conseguiriam eles ou não sanar ou equilibrar o confronto existente entre a liberdade e autonomia da vontade do testador e as disposições do direito sucessório que limitam a liberdade de testar. Utilizou-se como metodologia a sistêmica, isso, tendo em vista a necessidade da abordagem sociológica, a partir da análise da sociedade e sua complexidade, com o confronto entre o direito à liberdade, sua aplicação constitucional, e os reflexos na legislação infraconstitucional no que se refere ao direito sucessório de testar, a partir de uma reflexão com a parábola do décimo segundo camelo de Niklas Luhmann. Pode-se constatar que o direito normativo não está conseguindo acompanhar as mudanças e evoluções sociais quanto aos reflexos no direito sucessório, isso pois, há institutos como o direito a legítima que permanecem inalterados desde o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, as alterações nas formas de família, a valorização da afetividade e a maior necessidade de liberdade e autonomia da pessoa que os dias atuais exigem não comportam mais as normas rígidas de outras épocas. Assim, apresentou-se como meio para solução da colisão dos direitos, a teoria sistêmica de Luhmann, tendo em vista que, com as irritações pelo sistema Direito a partir das mudanças da sociedade policontextual, os paradoxos que dela surgem, podem ser melhor conduzidas pelo Poder Judiciário em que aplicam as normas em decisões analisando o contexto e a realidade dos fatos sociais.

Palavras-chave: Direito a liberdade e autonomia da vontade. Direito das sucessões. Sucessão testamentária. Legítima. Teoria Sistêmica de Luhmann.

ABSTRACT

This work analyses the legal limitations imposed on the testator through institutes of the law of succession in face of the constitutional right to freedom and autonomy of the person's will. Thus, the right to freedom under the constitutional framework and the right of succession regarding the rules of the test were examined, as well as to confront these institutes and analyse them from a sociological point of view with the systemic theory and the twelfth camel parable proposed by Niklas Luhmann. Thus, the question arises as to whether the Systemic Theory is able to deal with the demands of a polytextual society, which has complex irritations in a large and diversified communication network that limit the tester's will. As hypotheses, Luhmann's Systemic Theory and normative law stood out, whether or not they would be able to remedy or balance the existing confrontation between the freedom and autonomy of the testator's will and the provisions of succession law that limit the freedom to test. The systemic methodology was used, this, in view of the need for a sociological approach, from the analysis of society and its complexity, with the confrontation between the right to freedom, its constitutional application, and the reflexes in the infra constitutional legislation in what it refers to the right of succession to test, from a reflection with the twelfth camel parable by Niklas Luhmann. It can be seen that normative law is failing to keep up with social changes and evolutions in terms of consequences for succession law, since there are institutes such as the right to legitimacy that remain unchanged since their entry into the Brazilian legal system, however, the changes in family forms, the appreciation of affection and the greater need for freedom and autonomy of the person that today demand no longer contain the rigid norms of other times. Thus, Luhmann's systemic theory presented itself as a means of solving the collision of rights, bearing in mind that, with the irritations suffered by the Law system as a result of the changes in the poly-contextual society, the paradoxes that arise from it, can be better conducted by the judiciary in which they apply the rules in decisions, analysing the context and the actual reality.

Keywords: Right to freedom and autonomy of the will. Succession law. Testament succession. Legitimate. Systemic Theory of Luhmann.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito – vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – (PPGDireito) - da Universidade de Passo Fundo – UPF.

A dissertação está relacionada à Área de Concentração denominada Novos Paradigmas do Direito, inserida na Linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia.

O presente trabalho busca analisar as limitações legais impostas ao testador frente ao direito constitucional a liberdade e a autonomia da vontade.

Assim, será examinado o direito à liberdade e autonomia da vontade em âmbito constitucional e o direito sucessório quanto aos regramentos do testamento e os institutos que limitem a possibilidade de testar, bem como, confrontar estes institutos e analisá-los a partir de um viés normativo e também sociológico com a teoria sistêmica e a parábola do décimo segundo camelo proposta por Niklas Luhmann.

Partindo da colisão destes direitos é que surge à tona a constituição paradoxal do próprio sistema jurídico. Nesse sentido, enfrenta-se a questão a partir da noção paradoxal de complexidade dos sistemas sociais, os quais, ao tentarem reduzir a sua complexidade, acabam por aumentá-la. Diante disso, surge o questionamento se a Teoria Sistêmica é apta a lidar com as demandas de uma sociedade policontextual, que conta com irritações complexas em uma grande e diversificada malha de comunicação que limitam a vontade do testador.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A Teoria Sistêmica de Luhmann, a partir das demandas da sociedade policontextual e de irritações externas ao subsistema Direito, é um caminho ou não para garantir uma maior liberdade ao testador em seu ato de testar, frente as limitações impostas pelo direito sucessório.

b) O direito normativo atual conseguiria ou não sanar ou equilibrar o confronto existente entre a liberdade e autonomia da vontade do testador e as disposições do direito sucessório que limitam a liberdade de testar.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no primeiro capítulo, realizar uma análise, histórica e evolutiva, acerca das gerações de direitos humanos fundamentais. Com isso, observar o direito a liberdade como um direito fundamental e sua inserção na Constituição Federal. Por fim, verificar o reflexo deste direito à liberdade na autonomia da vontade do indivíduo.

No segundo capítulo, será explorado o direito sucessório, com sua construção ao longo dos anos, evolução histórica e diferentes formas de interpretação. A partir disso, serão analisados os regramentos acerca da sucessão legítima e testamentária no Brasil, com enfoque especial, do direito de testar e os institutos que o cercam.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado a verificar a colisão do direito a liberdade e a autonomia da vontade com os institutos do direito sucessório que limitam o indivíduo quando da utilização do testamento para dispor de seus bens, que é o caso da legítima e do rompimento do testamento.

Tais institutos devem ser observados com um viés sociológico, ciente das mudanças sociais e da realidade diante de uma sociedade policontextual, a partir da parábola do décimo segundo camelo e da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, a fim de que seja constatado se as limitações que os institutos do direito sucessório causam podem ser sanadas com o intuito de garantir uma maior liberdade e a autonomia da vontade ao testador.

Assim, o presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a colisão de direitos constitucionais da liberdade e autonomia da vontade com

institutos protetivos a família dentro do direito sucessório. Temática atual, que se apresenta relevante diante das mudanças sociais, inclusive dentro do direito de família e quanto aos direitos personalíssimos e individuais.

A Metodologia a ser utilizado será a sistêmica, isso, tendo em vista a necessidade da abordagem sociológica, a partir da análise da sociedade e sua complexidade, com o confronto entre o direito à liberdade, sua aplicação constitucional, e os reflexos na legislação infraconstitucional no que se refere ao direito sucessório de testar, a partir de uma reflexão com a parábola do décimo segundo camelo de Niklas Luhmann. A pesquisa será realizada com base na revisão bibliográfica, conceituando e analisando os objetivos do presente estudo.

CAPÍTULO 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

1.1 O SURGIMENTO E AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O poder que emana do povo, confere a característica democrática ao Estado, e exige do mesmo o gerenciamento institucional garantindo que ocorra o retorno esperado por aqueles que o concederam⁹. Ou seja, o governo democrático acaba por se torna um depósito de esperanças do povo. Inseridos nesse pressuposto, surgiram os direitos fundamentais visando garantir além dos direitos e deveres, certas liberdades inerentes a cada ser humano, também denominados de direitos humanos.

Existem, contudo, várias vertentes que tentam explicar a geração dos direitos fundamentais. Há uma visão mais conservadora que tenta explicar o surgimento dos direitos fundamentais aos seres humanos, e uma outra visão mais progressista. Estudiosos do assunto corriqueiramente abordam a visão mais conservadora, a qual considera que o estabelecimento dos direitos fundamentais parte de um conjunto mínimo de direitos, que independem dos processos históricos e sociais¹⁰. Essa perspectiva denominada de jusnaturalista clássica, atribui aos direitos individuais de primeira geração, como aqueles válidos e tidos como únicos e universais, dos quais teriam se originado os demais direitos¹¹.

Nota-se nessa geração, forte influência cultural, principalmente envolvendo aspectos religiosos e filosóficos, os quais deram forma a ideologias que posteriormente viriam a moldar o jusnaturalismo (pensamento que define o ser humano como um indivíduo detentor de direitos naturais que já nascem com ele). Com a evolução das gerações as regras que tinham um caráter costumeiro característico de determinados grupos sociais, foram sofrendo alterações em

⁹ PIOVESAN, Fúlvio M; RECK, Janrie R. Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito. **Revista Justiça Do Direito**, v. 31, n. 1, p. 67-79, 2017. p. 68.

¹⁰ RUBIO, David S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84

¹¹ RUBIO, David S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. 2014. p. 85

decorrência das próprias relações sociais, e por isso, a concepção de direitos naturais passou a envolver o todo. Assim, a ideia de não causar danos ou prejuízos às pessoas, e proporcionar a sua felicidade, justificou a elaboração de direitos comuns a todos ¹²

As mudanças nas organizações das sociedades trouxeram novos valores e conseqüentemente, mudaram a visão atribuída ao Direito, que passou a ser visto não somente pelo negativo da punição e da obrigação de não fazer, mas também como uma norma de garantia positiva. Por isso, os direitos naturais passaram a serem vistos como aspirações importantes para o ser humano, garantindo a sua dignidade¹³.

Nessa mesma linha, cabe destacar:

A partir do reconhecimento dos direitos humanos foram várias as transformações experimentadas por essas normas fundamentais, seja em relação ao conteúdo, à titularidade, ou ao plano da eficácia. A observação dos períodos de transformação dos direitos humanos é frequentemente referida pela expressão “teoria das gerações dos direitos humanos”. [...]. Embora sua importância seja quase inquestionável, a teoria geracional dos direitos humanos é muito criticada, principalmente pela utilização da expressão “gerações”. [...] impressão errônea de substituição de uma geração por outra, pois os direitos humanos sofrem mutações periodicamente; entretanto, as mutações são complementativas, resultado da progressiva acumulação de valores pelas sociedades, não há alternância, mas aprimoramento de direitos¹⁴.

Atualmente os direitos fundamentais representam duas dimensões: de um lado são resultados de acordos básicos entre diferentes esferas sociais, o que constitui os pressupostos de um Estado Democrático de Direito; e do outro lado, representam o estatuto jurídico dos indivíduos na relação destes entre si e com o Estado¹⁵. Assim, o significado dos direitos fundamentais dentro de um Estado depende da importância dada a eles pelo Poder Público. Sendo assim, atualmente o sistema jurídico e político é quem orienta o respeito e a promoção da dignidade da

¹² SOUZA, Maicon Melito de. **A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais. Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, n. 1, jul. 2017. p. 303.

¹³ SOUZA, Maicon Melito de. **A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais**, 2017.p. 301.

¹⁴ SOUZA, Maicon Melito de. **A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais**, 2017.p. 301.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2013. p. 15 – 38.

pessoa humana, seja na sua dimensão individual ou coletiva¹⁶

Compreende-se dessa forma, que “Os direitos fundamentais são garantias e direitos básicos dos cidadãos, no qual possuem caráter inviolável, intemporal e universal, e por isso são considerados como os pilares da Constituição Federal de 1988”¹⁷. Em conformidade com tais autores, os direitos fundamentais surgiram de forma a proteger o indivíduo perante o Estado, sendo uma conquista gradual e evolutiva, dentro do ordenamento jurídico.

Apesar da literatura não definir uma origem concreta para os direitos fundamentais, estudos¹⁸ citam a existências de três principais vertentes filosóficas que proporcionaram a geração dos direitos fundamentais: a dos jusnaturalistas, juspositivistas, e os realistas jurídicos.

A vertente dos jusnaturalistas estabelece que os direitos fundamentais têm a sua origem anteriormente a qualquer legislação, tendo a sua origem embasada em características naturais dos seres humanos e comuns a todos. A mesma origem é defendida por David Sanchez Rubio¹⁹, conforme supracitado, o qual faz uma crítica na aplicabilidade e universalidade dos direitos, comparando-os a um traje, elaborado de uma forma única e exclusiva, mas que não serve a todos os “corpos” (grifo nosso) que precisam usá-los, ou seja, há um engessamento dos direitos fundamentais, também relatados como direitos humanos, independente do espaço e do tempo a que estes são aplicados.

A vertente juspositivista, considera que os direitos fundamentais tiveram a sua origem na legislação humana, sendo os mesmos uma consequência da aplicabilidade das normas: as leis têm origem na ação humana e os direitos, são frutos dessas leis²⁰. Similar a esse pensamento, as ideias defendidas pelos realistas

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 15 – 38

¹⁷ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Direitos Fundamentais: Suas Dimensões. **Revista Processus Multidisciplinar**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 01-07, jun. 2020. p. 1.

¹⁸ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. p. 2.

¹⁹ RUBIO, David S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁰ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. p. 2.

jurídicos trazem os direitos como resultados de conquistas ao longo da história, sem origem estabelecida e independente da ordem jurídica. Em outras palavras, os realistas jurídicos defendem que ocorreram processos ao longo dos tempos que desencadearam uma evolução no surgimento dos direitos e a sua consolidação com o passar dos anos²¹.

Relata-se sobre os direitos fundamentais,

Como instrumento de liberdade e igualdade social, os direitos fundamentais já seriam suficientes para justificar a função do Estado, porém em se falando de justiça social, há de se considerar a subjetividade concedida ao indivíduo de exigir que a sociedade e o próprio Estado respeitem esses direitos, sobre a qual repousa todo ideário democrático²².

No período que antecedeu a elaboração da Constituição Brasileira, as normas que eram praticadas pelos Estados, não visavam garantir os direitos dos indivíduos frente às imposições do governo, não havendo, portanto, normas que discorressem sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. É o que defende André de Carvalho Ramos²³, ao declarar que os costumes dos povos e as tradições das sociedades foram influenciando a formação das normas relacionadas aos direitos fundamentais, como o caso da igualdade e da justiça.

Atenta-se para o fato, de que noções de justiça, de liberdade e de dignidade sempre estiveram presentes nas sociedades desde as mais primitivas. No ano de 1800 a. C., quando surgiu o Código de Hamurabi, na civilização Mesopotâmica, podia-se verificar a expressão de direitos humanos ao enfatizar a necessidade de se evitar a opressão dos fracos e garantir o bem-estar do povo. Apesar de muito primitivo e controverso aos olhos jurídicos atuais, o Código de Hamurabi já delineava o que se acreditava ser uma proteção aos direitos humanos, garantindo sanções aos infratores e reconhecimento pelos trabalhos exercidos²⁴.

No entanto,

²¹ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. p. 2.

²² PIOVESAN, Fúlvio M; RECK, Janrie R. **Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito**. 2017. p. 68.

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 40.

²⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2019. p. 59.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas²⁵.

Nesse sentido, compreende-se que a expressão “geração dos direitos fundamentais”²⁶ é empregada para conceituar a formação desses direitos de forma teórica, pois os mesmos não se originaram todos ao mesmo instante. Cada época histórica possuía demandas específicas em relação ao respeito dos direitos naturais e progressivamente, foram sendo atendidas, o que demonstrou não uma superação dos antigos direitos conquistados pelos novos, mas uma evolução dos mesmos de forma complementar. Por isso, o termo geração causa discussões entre os teóricos do assunto que preferem muitas vezes, empregar expressões como dimensões, para designar o surgimento dos direitos fundamentais²⁷.

Ressalta-se que, notoriamente, o direito traz consigo a noção de que toda pessoa já nasce com direitos e estes, devem ser estabelecidos em lei para a sua legitimação. A própria concepção cristã, já pregava a igualdade entre os homens perante Deus²⁸, demonstrando assim, a existência de uma ordem natural, proveniente da natureza racional do ser humano. Por isso, inicialmente eram denominados de direitos naturais. Existiam duas ordens, “formadas, respectivamente, pelo direito natural e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”²⁹.

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser considerados como garantias aos cidadãos, frente à atuação do Estado ou por particulares³⁰. Foram, no entanto, conquistados ao longo de uma história de dominação e abuso de poder

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-19.

²⁶ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. p. 4.

²⁷ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. p. 4.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 2013. p. 49-53.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

³⁰ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 13, n. 1, p. 81-98, 2018. p. 82.

estatal. Assim, antes mesmo do reconhecimento dos direitos fundamentais como um Direito Constitucional, visando a proteção da dignidade humana, alguns acontecimentos podem ser relatados como precursores dos direitos fundamentais.

A Grécia possui nesse contexto, papel relevante na consolidação dos direitos fundamentais, por meio da democracia ateniense que passou a adotar a participação política dos seus cidadãos (direitos políticos)³¹. Isso porque na Idade Média, pregava-se que o poder daqueles que governavam era estabelecido pela vontade divina e, por conseguinte, foram surgindo movimentos que buscavam a reivindicação de determinadas liberdades.

Na Inglaterra, no ano de 1215, foi assinada a *Magna Charta Libertatum*, pelo Rei João, a qual garantia direitos a determinadas classes e impedindo o exercício do poder absoluto da monarquia³². Também pode ser considerada como uma referência a uma gama de direitos atualmente consagrados como o caso do princípio da legalidade, o respeito à propriedade privada, as bases do tribunal do júri, estabelecimento dos delitos e penas, entre outros. Após a sua aplicação, os poderes do rei passaram a ser limitados e conseqüentemente, um avanço significativo na democracia acontecia naquele momento³³.

Tomás de Aquino tem papel relevante nas concepções originárias dos direitos fundamentais, pois por meio do seu pensamento, que defendia a existência dos direitos naturais e do direito positivo, entendia-se que a desobediência de algumas normas acarretaria na resistência por parte de outros³⁴.

Considerando que a Carta Magna, se tratou de um pacto dentro do regime feudal da época, em seu artigo 39 deixava claro que nenhum homem livre seria despossuído de seus bens sem um julgamento. Após 4 séculos, essa premissa seria o ponto de partida para a *Petition of Rights* de 1628, e também do *Habeas*

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2018. p. 36.

³² IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 85

³³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-92.

³⁴ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 82.

Corpus de 1679³⁵. Outra Declaração de elevada importância dentro da concepção do surgimento dos direitos fundamentais, a partir da Carta Magna, está a chamada *Bill of Rights*, promulgada em 1689, ocasionou o fim do regime da monarquia absoluta e encerra o ciclo de documentos ingleses que corroboraram para o estabelecimento dos direitos fundamentais³⁶.

Com *Bill of Rights*, aumentavam-se os poderes do parlamento e passou-se a garantir “a liberdade pessoal, a propriedade privada, a segurança social, o direito a petição, a proibição de penas cruéis, entre outras, estabelecendo uma nova forma de organização do Estado, cuja função precípua é a proteção dos direitos da pessoa humana”³⁷. Assim, até o advento da *Bill of Rights*, gradativamente os poderes da monarquia foram perdendo força para o parlamento, a cada reconhecimento de direitos, como o caso do direito à petição, ao *Habeas Corpus*, entre outros.

Em decorrência dessa gradual perda de poder da monarquia em função dos direitos conquistados, não se pode delimitar um marco teórico para o surgimento dos direitos fundamentais, visto que foi uma conquista evolutiva. Da mesma forma, não há como vincular o aumento do poder do parlamento à conquista dos direitos fundamentais, visto que em suma, as declarações e documentos até então promulgados serviam como meios para garantir certos privilégios a determinadas classes, como a nobreza e o parlamento, não sendo, portanto, justificada a existência de direitos fundamentais pela inexistência de um terceiro elemento envolvido³⁸.

Em se tratando de elementos necessários para o estabelecimento de direitos fundamentais, ressalta-se que:

O primeiro deles se refere ao Estado (moderno), justamente pelo fato de que deve haver um poder capaz de controlar seu território e de impor suas decisões. Dito isso, vê-se que a inexistência deste faz com que a proclamação daqueles direitos careça de efetividade, pois não poderiam ser exigidos e cumpridos, perdendo sua essência que é a de limitar o poder estatal. O segundo elemento essencial à consagração de direitos

³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 30

³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 30

³⁷ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso Elementar**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

³⁸ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**, 2018. p. 85.

fundamentais é a existência de um indivíduo enquanto ser moral, independente e autônomo, o que faz com que este possa fazer buscar a tutela de seus direitos, exatamente por possuir autonomia como ente sujeito de direitos. Por último, há de se ressaltar a existência de um texto normativo que regule as relações entre o soberano e os indivíduos – que é desempenhado pelas Constituições em sentido formal, pois estas declaram e garantem certos direitos fundamentais – como norma constitucional suprema, de modo a impedir que o Estado e os indivíduos os cerceiem de maneira injustificada³⁹.

Portanto, foi em 1776⁴⁰, com a Declaração de Direitos da Virgínia e em 1789 com a Declaração Francesa, que se pode atribuir o início dos primeiros direitos fundamentais utilizando um texto normativo constitucional para o seu estabelecimento. Isso porque somente nessas declarações supracitadas, observa-se verdadeiramente a positivação de direitos ao homem, sem considerar juntamente reivindicações políticas.

Essa expansão dos documentos ingleses até as colônias americanas ocorreu em decorrência da revolução dos colonos ingleses na América, que se cristaliza com a sua independência, inspirados pelos textos jusnaturalistas das cartas inglesas⁴¹. As declarações norte-americanas e alguns documentos da Europa que buscavam reconhecer a liberdade religiosa, racial e contratual da Escola do Direito Natural, exerceram uma grande influência sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Constituinte da França, em 1789.

No seu famoso texto é defendida a universalidade dos direitos com fundamentos raciais, com validade absoluta. Ainda, no mesmo documento francês, são consagrados os direitos individuais do homem por natureza: a liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão⁴².

A Declaração de 1789, formou parte da primeira Constituição Francesa, de 1791, denominada de Girondina⁴³. Dois anos mais tarde, em 1793, uma nova

³⁹ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 86.

⁴⁰ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 86.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 31

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 31

⁴³ SALES, Pedro A. M; TREVISAN, Marina B. **Revolução Francesa – Marco da História Contemporânea**. Disponível em: < <https://www.uninter.com/cadernosuninter/index.php/intersaberes/article/viewFile/1596/1251>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

Constituição denominada de Jacobina, se inicia com uma gama de direitos do homem, sendo esta muito importante por seu conteúdo democrático, pois nela são reconhecidos os direitos da educação, do trabalho e a proteção contra a pobreza.

Na percepção de Antonio Perez Luño, a partir de então, as Declarações de Direitos passaram a incorporar a história do Constitucionalismo⁴⁴.

Assim, até o século XVIII, a concepção dos direitos era baseada no conceito de direitos naturais, os quais passaram a denominar-se de direitos fundamentais ou humanos, por meio da constitucionalização dos mesmos. David Sanchez Rubio⁴⁵, ressalva que os direitos individuais e políticos, denominados de primeira geração e frutos da luta da burguesia contra as limitações feudais, estão associados ao princípio de liberdade e conseqüentemente, os mais difíceis de serem protegidos.

Os direitos fundamentais, portanto, a partir do seu reconhecimento, foram sofrendo transformações tanto de conteúdo, quanto relativo à sua titularidade⁴⁶. Essas transformações que tiveram como causa a ampliação de novos direitos e/ou, ampliação dos titulares desses direitos, foram sendo aplicadas expressões que visavam relatar e explicar o seu surgimento. Ora denominadas de gerações, ora de dimensões, essas expressões visavam explicar a evolução histórica do seu reconhecimento⁴⁷.

Notadamente nas teorias investigadas⁴⁸, costuma-se citar a terminologia de Karel Vasak, o qual relaciona a evolução aplicada aos direitos fundamentais, às premissas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Utilizando tais premissas, os direitos fundamentais podem ser classificados em primeira, segunda e terceira dimensão respectivamente.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 32

⁴⁵ RUBIO, David S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. 2014. p. 87

⁴⁶ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 87.

⁴⁷ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 87

⁴⁸ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 87

Para Roberto Bobbio, a evolução dos direitos fundamentais também pode ser abordada empregando a expressão gerações e aplicando-as às máximas da Revolução Francesa⁴⁹. Sendo assim, os direitos tidos como de primeira geração (liberdade), são decorrentes do pensamento liberal que a burguesia disseminava no decorrer do século XVIII.

No entanto, a abstenção do Estado Liberal não era efetiva, diante dos anseios sociais, obrigando a adoção de comportamentos que visavam satisfazer as necessidades sociais e conseqüentemente, foram surgindo os direitos da segunda dimensão, como o trabalho, saúde e educação, visto que o Estado passa a ser o provedor dessas necessidades⁵⁰.

As novas reivindicações que chegaram juntamente com as mudanças da sociedade, culminaram com a elaboração de direitos de solidariedade, denominados de terceira dimensão, os quais ganharam força no período pós-guerra, em decorrência principalmente do extermínio de pessoas e da degradação do meio ambiente⁵¹.

Quanto as três dimensões de direito referidas, cumpre evidenciá-las:

A primeira dimensão dos direitos humanos é caracterizada pela expressão liberdade. O motivo dessa especificação é o ideal liberal da classe burguesa nas revoluções do século XVIII. Com alta persuasão econômica, até mesmo contra o poder absolutista europeu [...]. A busca pelo respeito aos direitos à vida e à liberdade deram o tom mais acentuado da influência jusnaturalista. Objetivamente, os direitos da primeira dimensão são de defesa e resistência perante o Estado, de finalidade negativa, pois a pretensão é de abstenção de definida conduta do Poder Público.

Os direitos da segunda dimensão são resultado dos anseios sociais provenientes das mazelas causadas pelo crescente processo de industrialização dos bens de consumo e a incisiva mercantilização globalizada. As conseqüências da revolução industrial no século XIX foram impactantes em todo o mundo, afetando de forma mais forte as classes econômicas mais baixas [...]. Os atos revolucionários reivindicavam direitos trabalhistas, principalmente direitos de assistência social por parte do Estado, como saúde, educação e segurança. Exigem-se do Estado comportamentos ativos, de natureza positiva, visto que se cobra a participação estatal no bem-estar social. O período fica marcado pela

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992. p. 30.

⁵⁰ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 87

⁵¹ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. **Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo**. 2018. p. 87

expressão “igualdade”, influência da filosofia socialista, que pregava a igualdade material para a realização da justiça.

Na terceira dimensão dos direitos humanos, a consequência fundamental para sua busca foram as atrocidades vividas pela espécie humana no século XX. As devastações causadas pela Segunda Guerra Mundial foram, sem dúvidas, os maiores motivos da população mundial para o pleito da fraternidade como princípio guiador nas relações sociais e individuais, dali a dimensão ser relacionada à expressão “fraternidade”. As pretensões desejadas são os direitos à paz, ao desenvolvimento sustentável, ao respeito do exercício cultural e à autodeterminação dos povos. Nada obstante, os titulares diretos dos direitos não são as pessoas individualmente consideradas, e sim a coletividade de indivíduos — o povo e as nações. Sua distinção das demais dimensões é a essência coletiva e difusa, carregada de solidariedade e fraternidade⁵².

Em outro ponto de vista, expresso por Douglas Luciano de Oliveira, baseando-se nas gerações dos direitos fundamentais, o autor destaca que a primeira geração, envolve direitos de abrangência individual, civis e políticos. Por garantir o amparo legal da liberdade individual perante o Estado, também são denominados de direitos de liberdade negativa, pois para a sua garantia impõe que o Estado limite seu poder⁵³.

Aqueles denominados de segunda dimensão, envolvem garantias sociais, econômicas e culturais, voltados para proteger a dignidade da pessoa humana, por meio principalmente da satisfação das suas necessidades mínimas, impostas ao Estado, como o direito à seguridade social, amparo à doença, trabalho, entre outros. São, por conseguinte, liberdades positivas, pois o Estado nesses casos presta um serviço ao cidadão e não lhe proibida a sua ação⁵⁴.

Já, os direitos de terceira geração envolvem a coletividade, como o caso do direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, segurança e paz, direitos de defesa do consumidor, necessários em decorrência da vivência coletiva do homem⁵⁵.

Portanto, os direitos fundamentais originaram-se pela acumulação de direitos que nasceram, no momento em que deveriam nascer. Cabe frisar que

⁵² SOUZA, Maicon Melito de. **A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais**, 2017.p. 301.

⁵³ OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72567/os-direitos-fundamentais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 20 jan. 2021. s.d.

⁵⁴ OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. s.d.

⁵⁵ SOUZA, Maicon Melito de. **A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais**, 2017.p. 301.

mesmo tais direitos serem conceituados na literatura por meio de gerações ou dimensões, não há uma hierarquia ou ordem de classe entre eles, pois são direitos independentes⁵⁶.

Faz jus salientar:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais⁵⁷

Assim, houve a redefinição do âmbito e do alcance do conceito de soberania estatal, para permitir a chegada dos direitos humanos e também, redefinir o *status* do indivíduo no contexto internacional, para que assim se tornasse um verdadeiro sujeito de direito internacional⁵⁸. Muito embora as normas organizacionais dos Estados pré-constitucionais não garantissem as pessoas qualquer direito a contestação estatal, as culturas influenciavam na formação dos direitos humanos.

Tanto é assim, que os costumes e as instituições sociais das civilizações antigas influenciaram na formação dos valores contidos nas atuais normas de direitos humanos, como igualdade e justiça⁵⁹. As convicções de justiça, liberdade, solidariedade e até mesmo da dignidade da pessoa humana, mesmo que em intensidades distintas, sempre estiveram presentes em todas as sociedades humanas, sendo que a noção de direito é tão antiga quanto a própria sociedade.

O Estado, no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem a responsabilidade primária da proteção desses direitos, ao passo que a comunidade tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção aos

⁵⁶ PIOVESAN, Fúlvio M; RECK, Janrie R. **Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito**. 2017. p. 67.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 540

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 203.

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2018. p. 37.

direitos humanos, quando falham as instituições nacionais⁶⁰.

Destaca-se nesse cenário, a previsão constitucional que confere ao princípio da dignidade da pessoa humana caráter normativo amplo, produzindo efeitos diante de todo sistema político, social e jurídico. Não obstante a isso, a Constituição Federal também expressa a importância que o Estado atribui à pessoa humana, razão de sua existência, em se tratando de uma democracia⁶¹.

A primeira Constituição que, segundo Pérez Luño, “representa a primeira tentativa” de introduzir esses direitos é a Constituição mexicana de 1917, que será seguida pela Constituição de Weimar de 1919⁶². Desde então, muitos outros textos, como a Constituição espanhola de 1931, a Constituição francesa de 1946, a italiana em 1947, a alemã em 1949, a Constituição da Grécia de 1975, a Magna Carta de Portugal 1976 e Espanha 1978, buscaram incorporar os direitos fundamentais aos seus textos⁶³. O último nível que os direitos humanos alcançaram em seu processo evolutivo é constituído pela sua internacionalização, que é o reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pela lei internacional, resultado dos acontecimentos do século XX⁶⁴.

Justificando o supracitado,

A quebra de paradigma produzida pela regulamentação dos direitos humanos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial foi sentida diretamente no direito internacional, influenciando suas mais diversas áreas, assim como seus próprios fundamentos, o que permitiu a elevação das normas de direito internacional um nível superior e a promoção, ainda questionada, do indivíduo à condição de sujeito de direito internacional. Mas, acima de tudo, permitiu a elevação da condição da sociedade internacional, de relação de coexistência marcada por obrigações jurídicas e pela busca de interesses individuais e egoístas, para uma efetiva comunidade internacional. Moldada progressivamente pela noção de interesse público e compartilhamento de valores fundamentais comuns, regulamentada juridicamente de forma diversa da observada até então⁶⁵.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 245.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45

⁶² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 25

⁶³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 30

⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 25

⁶⁵ FLOF, Fabio. Direito internacional contemporâneo: elementos para configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. p. 219-235. In: CASELLA, Paulo Borba: et al;

Com isso, admite-se que a internacionalização dos direitos humanos, é um acontecimento pós-guerra, motivou a formação da Liga das Nações Unidas, no ano de 1929 e posteriormente, a Organização das Nações Unidas. Esta tem por objetivo assegurar o cumprimento dos direitos internacionalmente e também, nacionalmente⁶⁶, por meio da elaboração de vários tratados que visavam garantir e proteger tais direitos. Para a sua real efetivação e proteção, em 1948, foi lavrada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo assim de forma universal, os direitos das três gerações: liberdade, igualdade e fraternidade.

1.2 A EVOLUÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE

Na Grécia Medieval, o homem tinha como objetivo a busca do bem comum, sem preocupar-se com garantias individuais, pois para o Estado da época, o homem existia para servi-lo. Assim, na filosofia de pensamento grega, a liberdade se restringia ao direito dos cidadãos em fazer parte das deliberações públicas, sem considerar a não influência ou interferência do Estado na esfera pessoal dos entes sociais⁶⁷. Nesse sentido, jamais se questionava sobre direitos individuais e na proteção dos mesmos pelos governantes, pois estes acreditavam que as pessoas deviam servir aos seus propósitos sem reivindicar quais direitos para si próprios.

Foi em Roma que começaram a aflorar as primeiras valorizações individuais, com o reconhecimento de direitos civis aos cidadãos⁶⁸ como direito ao casamento e postulação em juízo.

Com a queda do Império Romano, passou-se a viver uma sociedade estamental, com divisão de classes, fragmentada entre instituições como a igreja, os reis, senhores feudais, imperador, entre outros⁶⁹.

(coords.). **Direito internacional, humano e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 226.

⁶⁶ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso Elementar**. 2017. p. 59.

⁶⁷ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica para Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 192 f. Lisboa, 2019. p. 69.

⁶⁸ SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, Livro eletrônico, p. 169-170.

⁶⁹ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça,**

Como não existia um esclarecimento entre competências de cada categoria estamental, pactos e documentos foram sendo celebrados a fim de reconhecer direitos e prerrogativas aos seus integrantes, como a já citada Magna Carta de 1215, na Inglaterra. Apesar de ser expressiva forma de declaração dos direitos e deveres da época, subtraía-se de seus textos o reconhecimento da universalidade dos direitos, abrangendo todos os cidadãos, sendo aplicáveis somente a pequenas parcelas mais privilegiadas⁷⁰.

No entanto, o declínio do sistema medieval, vai aos poucos dando espaço ao Estado Absoluto, no qual o poder antes dos senhores feudais passa para as mãos na Monarquia, concentrado na figura do Rei, figurando a forma de sociedade expressa entre os séculos XVI e XIX. Somente a Inglaterra, no século XVII opôs-se a essa formação de sociedade e passou a fomentar a soberania do Parlamento⁷¹. Sendo assim, o Estado Absoluto pode ser a primeira representação do Estado Moderno.

Sem a presença de direitos de caráter individual, os pensamentos liberais vão tomando forma e são consagrados com a Revolução Francesa, cuja defesa objetivava a não intervenção do Estado na vida dos cidadãos. Essa filosofia que se moldava na história, intitulava-se liberalismo, buscando a afirmação do Estado de Direito⁷².

No liberalismo,

O que se buscava era a não intervenção do Estado, a proteção da lei de forma a preservar a liberdade de ir e vir, de contratar, de comprar e vender. Protege-se a propriedade. A igualdade que se deseja é a igualdade formal. É a igualdade perante a lei.

Vive-se um período marcado pelas grandes codificações. É a afirmação do Estado de Direito. Não há crime sem lei que o preveja. O Estado passa a ser organizado e limitado de acordo com a lei. O que se busca é a autonomia, a liberdade e a segurança dos cidadãos em face do Estado, tendo como proteção a Lei. Luta-se pelo mínimo de intervenção do Estado e pela garantia e proteção dos direitos e liberdades individuais, que estavam

segurança e liberdade. 2019. p. 71.

⁷⁰ SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho.** 2012, p. 169-170.

⁷¹ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade.** 2019. p. 72

⁷² GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade.** 2019. p. 72.

subordinados aos valores supremos da iniciativa privada, da segurança e da propriedade⁷³.

Para Jürgen Habermas⁷⁴, os direitos que se limitam à defesa da liberdade, se simbolizam em torno da liberdade de ir e vir, da inviolabilidade pessoal, livre comércio e religião. São estabelecidos como forma de impedir que o Estado intervenha na esfera privada dos cidadãos e forma, em conjunto com os direitos democráticos à participação, os denominados de direitos fundamentais clássicos.

No Estado de Direito defendido pelo Liberalismo,

A divisão de poderes visava não somente a racionalizar o funcionamento do Estado, como também a garantir a liberdade individual contra os abusos do poder. A evolução da sociedade liberal, assim como a multiplicação das relações sociais, dos direitos sociais concernentes às relações de produção, trabalho, educação, cultura, previdência, passaram a representar um novo cenário a ser tratado pelo direito constitucional concebido numa visão liberal. A igualdade perante a lei já não mais satisfazia o mundo do século XX. Buscava-se a igualdade real, a justiça social, o efetivo respeito a direitos fundamentais⁷⁵.

Na França do século XVIII, já existiam em torno de 24,6 milhões de comerciantes, proprietários de terras, banqueiros, denominados de burgueses, os quais pagavam enormes quantias em dinheiro e não tinha a liberdade de participação na vida política, sem liberdades para comprar ou vender sem que o Estado intervisse. A Revolução Francesa de 1789, que tinha como lema a Liberdade, Igualdade e Fraternidade, foi o marco para o Constitucionalismo mundial⁷⁶.

Como resultado, estabelece-se a Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão, que estabelecia a separação dos poderes e a primeira geração de direitos fundamentais: direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei⁷⁷. Com a burguesia no poder, foi elaborado o Código Napoleônico, em 1804,

⁷³ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade**. 2019. p. 73.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, artigo publicado em: Habermas, Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 35.

⁷⁵ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade**. 2019. p. 74

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 253.

⁷⁷ GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade**. 2019. p. 74

totalmente com foco na liberdade individual, corroborando juntamente com a Revolução Francesa, na instituição do Estado de Direito.

Esses acontecimentos históricos foram propulsores para que a primeira dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais fosse concretizada. Assim se enquadram, pois, foram os primeiros a serem conquistados e não por obedecerem a alguma hierarquia. Estes relacionavam-se à luta pela liberdade diante do Estado, englobando direitos civis e políticos⁷⁸. Foram em decorrência também destes acontecimentos que surgiram as primeiras Constituições escritas, visando proteger os direitos de liberdade do povo.

O que justifica a quantidade de revoltas e movimentos a fim de libertar o povo do poder do Estado, está atrelado ao fato de que a liberdade sempre esteve relacionada a restrição de poder dos cidadãos pelo próprio Estado. No texto da Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, nos Estados Unidos, pode-se constatar com afinco a defesa das ideias liberais, em seu artigo 1º, no qual declarava que todos os homens são igualmente livres por natureza e detentores de direitos inatos, como o direito ao gozo da vida, da liberdade, da propriedade, da felicidade e da segurança. Nesse enfoque, compreende-se que o Direito é o mecanismo que regula o poder e conseqüentemente, limita o mesmo para que a liberdade das pessoas possa ser respeitada⁷⁹.

Todas essas revoluções são de extrema relevância quando se fala em surgimento dos direitos fundamentais, pois o reconhecimento do homem como ser possuidor de direitos e de valores somente foi possível por meio delas, as quais ocorreram em períodos históricos em que tudo era importante na sociedade, menos os direitos individuais dos homens. A partir do advento das revoluções liberais, a maneira de pensar dos entes políticos, morais e jurídicos passaram por mudanças e começou-se a falar em igualdade de direitos, liberdade, segurança e propriedade

⁷⁸ SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Direitos Fundamentais: Suas Dimensões**. 2020. p. 5.

⁷⁹ CHAU, Ruth Armando. **Direito à Liberdade e à Segurança no Estado de Direito Democrático: Os Limites da Atuação Policial – Uma perspectiva jurídico-constitucional da Polícia da República de Moçambique**. 2017. p.14.

como direitos naturais reconhecidos⁸⁰.

Cabe o entendimento de que, a liberdade deve ser concretizada em qualquer Estado de Direito Democrático⁸¹. Os cidadãos devem se sentir livres para exercerem os seus direitos. Em um governo democrático, o direito à liberdade e à segurança, são fundamentais, e ao mesmo tempo, interdependentes. Isso porque entende-se não haver segurança sem o exercício da liberdade, e da mesma forma, não se pode exercer a liberdade, sem haver segurança garantida.

O Estado é uma figura abstrata criada pela sociedade, ou também, uma sociedade política desenvolvida pela vontade de unificar do homem, com o intuito de regulamentar e preservar o interesse público⁸². Da mesma forma, surgiu da vontade de preservação desse interesse ou bem comum, posto que a sociedade *natural* não detinha os mecanismos necessários para promover a paz e o bem-estar de seus membros. Nesse sentido, o Estado não é reconhecido somente por meio do seu poder, mas sim de elementos constitutivos.

Com isso, no decorrer do tempo essa sociedade formadora do Estado passou a necessitar de maior segurança, benefícios, padrões de vida, entre outras premissas que garantissem o seu bem-estar⁸³. O mesmo tem a finalidade de suprir a sociedade de direitos que tragam segurança aos indivíduos, base material e níveis de padrão de vida.

Ao que tange aos direitos dos cidadãos defendidos pela democracia, as mudanças ao longo dos anos, com ênfase no Pós II Guerra Mundial, maximizaram os interesses do coletivo frente os interesses individuais. Esse cenário gerou conflitos que ganharam dimensões expansivas e demandando soluções mais

⁸⁰ CHAU, Ruth Armando. **Direito à Liberdade e à Segurança no Estado de Direito Democrático: Os Limites da Atuação Policial – Uma perspectiva jurídico-constitucional da Polícia da República de Moçambique**. 2017. p.10.

⁸¹ CHAU, Ruth Armando. **Direito à Liberdade e à Segurança no Estado de Direito Democrático: Os Limites da Atuação Policial – Uma perspectiva jurídico-constitucional da Polícia da República de Moçambique**. 2017. p.13.

⁸² SILVA JÚNIOR, Nilson N. da. **O conceito de Estado**. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9. Acesso em: 28 out. 2019.

⁸³ GOMES, Fábio G. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n.2, Rio de Janeiro, pp.201-234 Mar./Abr. 2006.

efetivas, um processo mais ágil e um judiciário totalmente eficiente, que garantisse os direitos expressos pelo constitucionalismo⁸⁴.

A constituição da República traz no seu texto várias formas de tutela de liberdade⁸⁵. Os tipos, como podem ser denominados, de liberdades garantidos por lei, podem referir-se à liberdade de locomoção, expressão, opinião, informação, escolha, profissão, comércio e livre iniciativa, entre outras. Em decorrência da própria evolução dos direitos fundamentais, ampliando a sua abrangência, a liberdade também foi ampliada e abrangendo outras esferas⁸⁶.

A conceituação de liberdade, leva em consideração a aplicação da função da autoridade, no sentido negativo, como forma de autoritarismo. Nesse sentido, a liberdade opõe-se à autoridade como um veículo para manutenção da ordem social⁸⁷.

Há, portanto, liberdades negativas e liberdades positivas, a bem saber:

A primeira traduz uma visão restritiva dos direitos dos cidadãos, estando ligada aos direitos civis, e se acha representada pela expressão estar livre-de (*freedom of*), associando-se a tradição liberal. A segunda busca ampliar a participação política, associando-se aos direitos políticos, e vem representada pela expressão estar-livre-para (*freedom to*), vinculando-se à tradição republicana⁸⁸.

Tomando como base as concepções conceituais de Kildare Gonçalves Carvalho, o direito à liberdade representa uma coordenação entre estar livre de opressões e também, estar livre para buscar a sua felicidade pessoal⁸⁹.

Tal compreensão também é justificado por José Afonso da Silva, que reitera que a liberdade,

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 539.

⁸⁵ SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável? **Revista VirtuaJus**, v.3, n. 5, p. 255-273, Belo Horizonte, 2018. p. 259.

⁸⁶ SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** 2018. p. 259.

⁸⁷ SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** 2018. p. 260.

⁸⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed., Belo Horizonte: Delrey, 2007. p. 607.

⁸⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 2007. p. 607.

É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo o que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade⁹⁰.

Muitas vezes, as pessoas encontram no seu caminho obstáculos para a sua felicidade, de ordem material, ou na grande maioria, impedimentos sociais, políticos, ou ainda naturais. Portanto, para que o exercício da liberdade possa ser garantido, os obstáculos precisam ser removidos e nesse momento, cabe a atuação do Estado. Assim, “implica na obrigação, pelo Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas com vistas a proporcionar as bases materiais para a efetivação daqueles direitos⁹¹”.

A Constituição vigente no Brasil, é fruto de um processo evolutivo de ampliação de direitos fundamentais, sendo promulgada após o Regime Militar⁹². Vale lembrar que no Regime Militar (1964-1985), o país viveu uma ditadura, com censura em diversos campos de expressão do pensamento, restringindo assim, as liberdades individuais das pessoas.

Em contrapartida, com o fim desse tipo de regime político, houve o restabelecimento da democracia com a promulgação da Constituição Federal (CF), em 1988 e a vedação de qualquer forma de censura, oportunizando a liberdade no âmbito ideológico e artístico⁹³. Impõe-se, portanto, destacar que além de assegurar a liberdade como um direito, a Constituição Federal cercou-a de determinadas proteções, frente ao legislador e aos agentes públicos.

Compreende-se que, com a efetivação da proteção aos direitos individuais, acentua-se cada vez mais o Estado Democrático de Direito e a afirmação e garantias de direitos fundamentais nos textos constitucionais. Importante ratificar, que os direitos fundamentais, foram incluídos e proclamados nas

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

⁹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 2007. p. 608.

⁹² SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** 2018. p. 260.

⁹³ SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** 2018. p. 260.

constituições após o advento da Segunda Guerra Mundial.

Passa-se dessa forma, a adentrar nas concepções do Estado Liberal, no qual o Direito era tratado pela autonomia privada e do Estado Social, onde o Direito era manipulado por uma autonomia pública, o Estado Democrático de Direito demonstra a superação aos modelos antigos e a adaptação às necessidades da sociedade moderna⁹⁴. O conceito liberal foi relegado devido a sua incapacidade de admitir que existia o lado público, dentro das concepções privadas, colocando o indivíduo como um ser isolado e provido de egoísmo, que utilizava o Direito como uma proteção do seu *status quo*⁹⁵.

Um aspecto interessante que não pode ser esquecido:

O Estado Liberal representou o término do Estado absolutista -, no qual o soberano muitas vezes, abusava do poder-, passando para a busca da liberdade individual burguesa. As desigualdades sócio-econômico-culturais, cada vez mais intensas levaram ao surgimento do Estado Social em razão da miséria gerada pelo extremado liberalismo-burguês. O liberalismo, não garantiu a liberdade e a igualdade de todos os homens, com sua característica marcante do individualismo exacerbado, na busca do lucro exagerado e inescrupuloso dos donos das fábricas e das minas em detrimento do trabalho dos operários e das crianças, não se revelou instrumento de Justiça social⁹⁶.

Em consequência, surgia o Estado Social, que buscou estabelecer uma sociedade igualitária, principalmente nos aspectos econômicos para seus indivíduos, por meio da alteração da função do Estado, que passou a interferir nas relações contratuais e comprometer-se com o fornecimento de serviços aos cidadãos, como saúde e educação. Contudo, a extremidade que permeou nessa nova concepção, atrofiou a ideia do privado e estabeleceu como excelência o público, no qual o Estado avança e investe crescentemente para atender a todas as demais sociais⁹⁷.

⁹⁴ BARBOSA, Oriana P. de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 28 out. 2019. s/p

⁹⁵ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

⁹⁶ BARBOSA, Oriana P. de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. s/p.

⁹⁷ BARBOSA, Oriana P. de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. s/p

Posteriormente, com a vitória do capitalismo sobre o socialismo, acarretou na formação do Estado Democrático de Direito, frente às necessidades da própria sociedade em constante formação neoliberal e fortalecimento da hegemonia dos blocos econômicos. Nessa nova concepção, o privado e o público fundem-se como conceitos complementares e mutuamente necessários, para a estruturação do novo regime democrático⁹⁸.

A Constituição brasileira, representa nesse sentido um avanço, para a garantia dos direitos fundamentais. O compromisso com esses direitos, pode ser observado de maneira inicial no documento:

Para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias⁹⁹.

Compreende-se nesse sentido, que para existir um Estado Democrático de Direito, torna-se imprescindível assegurar e garantir o exercício dos direitos individuais do ser humano, como é o caso do direito à liberdade, tutelado pela Constituição Federal. Para Luigi Ferrajoli, a garantia dos direitos fundamentais possui um nexo de ligação com a manutenção da paz em qualquer país. A paz interna é assegurada quando os direitos são garantidos, pois pela sua violação sistemática, geram-se conflitos, principalmente pelo próprio exercício do direito de resistência¹⁰⁰. Para o autor, o direito à vida, à integridade e à liberdade, possui a necessidade de serem tutelados pela Constituição.

Pensamento similar pode ser observado por Gregório Peces-Barba Martinez, no qual o autor relata que a liberdade, por possuir um conceito polivalente, pode ser compreendida nas dimensões social, política e jurídica. Assim, sem a sua dimensão social, a liberdade careceria de legitimidade; sem a sua dimensão política, não poderia impor-se na vida social; e sem a sua dimensão jurídica, careceria de

⁹⁸ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. p. 168.

⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 27-32.

validade e de eficácia¹⁰¹.

Importante lembrar que a liberdade, é um fundamento dos direitos humanos, devido a existência de mecanismos para organização da vida em sociedade, como o caso da Constituição. Por conseguinte, se justifica na sociedade pela sua necessidade ao desenvolvimento da moralidade, cuja força ocorreu pela ascensão adquirida no pensamento moderno, liberal, democrático e socialista, e em decorrência do poder exercido pelo Estado, cuja aplicação eficaz ocorre pelo Direito¹⁰².

Em se tratando do Ordenamento Jurídico Brasileiro traz como norma fundamental, a Constituição Federal de 1988, na qual os direitos fundamentais possuem um capítulo específico destinado a eles. No art. 5º da Constituição Federal¹⁰³, pode-se confrontar o texto dedicado aos direitos fundamentais:

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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei¹⁰⁴

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹⁰¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 105-109.

¹⁰² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. 1999. p. 105-109.

¹⁰³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal¹⁰⁵.

No texto constitucional supra referenciado, o constituinte buscou tratar em incisos específicos, o direito à liberdade e suas dimensões. A premissa maior representada pelo art. 5º, enfatiza a igualdade de todos perante lei, sem distinções, sejam elas de qualquer natureza. Nesse trecho, observa-se a forte influência dos tratados internacionais de Direitos Humanos, que ao longo dos anos foram sendo incorporados nas normas jurídicas brasileiras, mas que de forma incipiente, já eram tutelados pela própria Constituição Federal, para que assim, fossem garantidos a todos.

A menção aos direitos fundamentais na Constituição, foi um processo de evolução e conquistas jurídicas relativas à proteção do ser humano. O reconhecimento da pessoa humana como um sujeito de direitos internos, e posteriormente externos, foram sendo promulgados novos documentos ao longo dos anos que beneficiaram a defesa desses direitos, outrora negligenciados pela supremacia do Estado. Quando esses direitos estão expressos na Constituição, faz-se presumir a valorização do indivíduo perante o Estado e à sociedade, sobrepondo

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

dessa forma, os conceitos anteriores de nacionalidade, territorialidade e soberania¹⁰⁶.

Quando o tema se refere à proteção dos direitos fundamentais, ao Estado cabe a responsabilidade principal da proteção desses direitos, conjuntamente à comunidade, que possui também responsabilidades, mas de forma auxiliar. Contudo, por ser um ente racional, a pessoa guia-se pela sua própria vontade, sendo, portanto, um ser de autonomia e capaz de guiar-se por meio das leis criadas por ela mesma¹⁰⁷. Compreende-se dessa forma, que existindo respeito à vida e à integridade humana, com liberdade e autonomia, confere-se dignidade às pessoas.

Por muito tempo, o ser humano foi considerado um objeto a serviço do estado soberano, que precisava de proteção, mas não de direitos. Totalmente ausente de liberdades. Com o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana e a incorporação dos tratados de direito internacionais no Direito interno, os direitos fundamentais relacionados à liberdade social, política e jurídica, passaram a possuir caráter normativo amplo. Essa ampliação acabou por acarretar em alterações e adaptações em todo o sistema jurídico nacional.

Como justifica Gregório Peces-Barba Martinez, e já relatado anteriormente, a liberdade enquanto fundamento relacionado aos direitos humanos, é consequência da existência de mecanismos de organização social, visto que os documentos de proteção aos direitos humanos, assim como a Constituição Federal do Brasil, foram promulgados após as brutalidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, principalmente¹⁰⁸. Em contrapartida, conforme os tratados e normas eram sancionados, aumentavam as obrigações do Estado para com os direitos e consequentemente, com as liberdades fundamentais.

Outro ponto importante a esclarecer, refere-se à distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Segundo observa-se no texto da Constituição

¹⁰⁶ MIRON, Rafael Brum. **O indivíduo como sujeito de Direito Internacional Público**. Revista âmbito jurídico. 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-9/o-individuo-como-sujeito-de-direito-internacional-publico/>>. Acesso em: 20 jan. 2021. s.d.

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-92

¹⁰⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. 1999. p. 105-109

Federal¹⁰⁹, os direitos fundamentais, são a representação na Carta Magna dos direitos humanos ratificados anteriormente, e de maneira principal, pela Declaração Universal de 1948.

Outros tratados também corroboraram para a elaboração pelo constituinte do texto constitucional, o que o difere, portanto, dos direitos humanos efetivados por tratados internacionais, ligados à igualdade e à liberdade. Apesar de possuírem o mesmo conteúdo, o difere direitos fundamentais e direitos humanos, é o plano no qual ambos estão legalmente previstos, conforme esclarece¹¹⁰.

Importante frisar nesse sentido, a relevância da Carta Magna:

Não podemos deixar de mencionar que a Constituição de 1988, foi um marco nos direitos dos cidadãos, por garantir liberdades civis e impor deveres do Estado. Logo em seu início, logo após os princípios fundamentais previsto dos artigos 1º a 4º, a Constituição Federal destinou seu Título II aos direitos e garantias fundamentais, que se inicia no artigo 5.º e se conclui no artigo 17¹¹¹.

Portanto, admite-se evidenciar a relativa importância que na sociedade atual, atribui-se aos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade dos mesmos para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Para a sua concretização, a Constituição Federal confere a eles a sua devida importância e conseqüentemente, a proteção legal necessária para o seu cumprimento. Como pode-se observar, o reconhecimento dos direitos fundamentais, em especial algumas formas de liberdade, são relativamente recentes e resultados de uma evolução de conquistas que não se encerram, são gradativas e contínuas.

Na mesma linha:

Importante destacar a importância da força normativa da Constituição na atuação e defesa dos direitos fundamentais, visto que somente através supremacia constitucional, temos à efetivação dos direitos fundamentais lá expostos. A efetivação dos direitos fundamentais somente será atingida mediante a conscientização, fiscalização e punição dos que desrespeitam a Magna Carta.

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. s.d

¹¹⁰ OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. s.d.

¹¹¹ OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. s.d.

Assim, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, merecidamente conhecida como a Constituição Cidadã, atribuiu aos direitos fundamentais o merecido destaque, ante a natural importância destes para a vida em sociedade, impondo diversas garantias aos cidadãos, assim como deveres ao Estado, sendo certo que para garantia da eficácia dos direitos fundamentais, devemos ter estrita observância aos mandamentos constitucionais, visto ser a Constituição de 1988 um marco de cidadania, a qual garanti aos cidadãos as liberdades civis e impõe ao Estado, dentro outras obrigações, o dever por zelar por tais liberdades¹¹².

Nesse sentido, a CF denominada também de Constituição Cidadã, incorporou os direitos do homem atribuindo a eles a denominação de direitos fundamentais, pois são indispensáveis para que se exerça a cidadania pátria. Sua importância dentro do ordenamento jurídico está na imposição ao Estado da garantia dos mesmos, eficácia e efetivação.

Pertinente salientar, que atualmente quase a totalidade de países, sejam as democracias ocidentais ou as socialistas, admitem oficialmente a existência de alguma doutrina interna sobre os direitos fundamentais. Seja com foco na defesa da liberdade ou não, sendo estes direitos aparentemente uma referência obrigatória na maioria dos textos constitucionais¹¹³.

No entanto, quanto mais intensa for a operabilidade do Estado de Direito, maiores são os níveis de tutela, relacionada aos direitos fundamentais. Em contrapartida, quanto maior a aplicabilidade e a vivência dos direitos fundamentais, mais sólida e indubitável é a implantação de um Estado de Direito. Por isso, observa-se que, nos países que mais são necessárias as garantias dos direitos fundamentais aos cidadãos, elas não acontecem, pois nesses países não há um Estado de Direito¹¹⁴.

Apesar de inegável o Estado de Direito, para a compreensão de Antônio Perez Luño, na sociedade tecnológica atual, as pessoas que defendem incansavelmente os direitos fundamentais, sentem-se intimidados e atemorizados, pois advertem que os resultados do progresso nas sociedades, estariam ameaçando

¹¹² OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. s.d.

¹¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 22

¹¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 22

a liberdade, identidade e mesmo, a sobrevivência humana¹¹⁵.

Tanto a ciência quanto a tecnologia, têm demonstrando crescimento e evolução exponenciais, o que por sua vez, nem sempre essas evoluções são acompanhadas em igual velocidade, pela consciência ética da humanidade.

1.3 O DIREITO À LIBERDADE E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade, na literatura é atribuída ao pensamento de Immanuel Kant. Esse pensamento disseminado pelo autor, decorre do fato do ser humano, ser um ser racional, sendo, portanto, nas palavras de Ana Carolina da Costa de Mesquita, “o que o diferencia dos demais, e que o faz ser um fim em si mesmo e não um meio, Kant conclui que o ser humano deve se considerar como legislador universal, por todas as máximas da sua vontade”¹¹⁶.

Para Immanuel,

Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei deveria ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava de sua vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certa maneira.

Em virtude desta consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da ação partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio ora alheio. Mas estão o imperativo tinha que resultar sempre condicionado e não podia servir como mandamento moral. Chamei, pois, a este princípio, princípio da Autonomia da vontade¹¹⁷.

¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 2013. p. 24

¹¹⁶ MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. 173 f. Fortaleza, 2019. p. 18.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 78

Observa-se que Immanuel Kant, continua a contribuir grandemente com o tema dos direitos fundamentais ao trazer para a discussão a simbiose existente entre a autonomia e a liberdade, como um meio para que seja possível obter a moralidade. Assim, em um Estado Democrático de Direito, no qual se prega a dignidade da pessoa humana, deve-se necessariamente comprovar que o cidadão é autônomo, e para tal, concomitantemente, deve possuir liberdade.

Conceituadamente,

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade de influência de causas estranhas¹¹⁸.

Compreende-se, portanto, que a liberdade garantida por lei, é a maneira pela qual o ser humano pratica a sua autonomia e vontade, assim, obtendo a sua dignidade. O que se absorve até o momento nas menções dos autores supracitados, é o fato da ligação existente entre liberdade e vontade ou vice-versa, pois sem uma delas, torna-se impossível o ser humano exercer a outra.

Essa concepção interpreta o pensamento de George Marmelstein¹¹⁹, no qual o autor defende que o ser humano, é senhor de si, que age racionalmente e de maneira responsável por duas escolhas, em essencial, as escolhas que não influenciam ou interfiram na liberdade de outras pessoas. Isso é autodeterminação. Portanto, a proteção da autonomia da vontade, em sua finalidade, confere ao ser humano o direito de autodeterminação. A esse direito, cabe determinar autonomamente o seu destino e as suas escolhas, como casar ou não, ter filhos ou não, entre outros.

Modernamente, os discursos que abordam a liberdade, estão na sua maioria vinculados à ideia e possibilidade dos seres humanos realizarem as suas vontades. Liberdade sexual, liberdade de pensamento e opinião, liberdade de expressão, traduzem o pensamento de que a liberdade objetiva a satisfação de

¹¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2008, p. 78-79

¹¹⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

desejos¹²⁰. Ou seja, compreendia-se que quanto maior for a possibilidade de o indivíduo realizar seus desejos, maior conseqüentemente é a sua liberdade. Por isso, atribui-se essa capacidade de realizar desejos à vontade, vinculando dessa forma a vontade e a liberdade do ser humano.

Nesse sentido que a teoria de Immanuel Kant chamou a atenção de filósofos e pensadores, ao conceber a uma ação, o comportamento de liberdade, mas somente quando esta liberdade ou ação, estiver atrelada à vontade de seguir a moralidade¹²¹. Por isso, a real compreensão de liberdade, é aquela na qual o comportamento livre preocupa-se, essencialmente, com a coerência com a lei.

Como fonte normativa de proteção à autonomia da vontade, a Constituição Brasileira menciona o art. 5º, inc. II¹²². No entanto, em decorrência de aplicações legais, a autonomia é restringida, ocasionando a não realização da vontade. Por isso, compreende-se a legitimidade e a relevância que o ser humano precisa ter pelo Direito, pois somente por meio deste, os seus direitos fundamentais são garantidos.

No art. 1º, inciso IV, e art. 170º da Constituição Brasileira¹²³, está garantida a livre iniciativa, ao declarar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

¹²⁰ CONCOLATO, Fagner Batalha. **A relação entre a vontade e a liberdade na filosofia Kantiana**. Dissertação ao Programa de Pós-graduação em Filosofia, do Curso de Filosofia, da Universidade Federal de Juiz de Fora. 11 f. Juiz de Fora, MG, 2019. p. 9.

¹²¹ CONCOLATO, Fagner Batalha. **A relação entre a vontade e a liberdade na filosofia Kantiana**. 2019. p. 9.

¹²² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013. p. 102.

¹²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei¹²⁴.

A livre iniciativa é mencionada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo também um dos fundamentos da ordem econômica. Cabe frisar que a autonomia da vontade, está representando o poder que um cidadão possui, em firmar um negócio jurídico, ou contratual, com outra pessoa, desde que baseado em determinadas premissas legais¹²⁵. Por isso, o Estado não pode impedir tais práticas negociais, porém, garantir que as pessoas envolvidas possam exercer o seu direito de autonomia da vontade, por meio das garantias expressas no art. 170º, da Constituição Federal¹²⁶.

Nesse mesmo viés, a vontade representa a externalização da consciência fundamentada em um propósito, por isso, representada uma liberdade. Sendo assim, a vontade¹²⁷ caracteriza-se pela universalidade, ou seja, mesmo que a vontade pessoal não prevaleça, a universal se mantém, pois, é ela, que representa a verdadeira liberdade.

Conceituado dessa forma, a autonomia possui aspectos comuns relacionados a ela, sendo um deles a autodeterminação, como um núcleo para a autonomia. O segundo aspecto diz respeito à existência de condições apropriadas para que a autodeterminação venha à tona.

Reportando-se às considerações de Amartya Sen:

¹²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹²⁵ RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, ano 4, v. 8, p. 161-177, mai-ago. 2014. p. 175.

¹²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹²⁷ MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida**. 2019. p. 19.

Deve ter ficado claro, com a discussão precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária)¹²⁸.

A capacidade de autodeterminação envolve, o poder de decidir sobre sua própria vida, desenvolvendo dessa forma a personalidade subjetiva de forma livre, assumindo as escolhas morais provenientes dela e as responsabilidades das duas escolhas também. Já quando se aborda sobre a existência de condições apropriadas para que ocorra a autodeterminação, compreende-se a necessidade de promover formas e caminhos para que a liberdade ocorra de maneira integral, real, e não somente como teoria.

Portanto,

O ser humano torna-se autônomo com as variáveis estruturas biológicas, psíquicas e socioculturais. Isto é, só é possível falar de liberdade se houver condições para isso, ou melhor, se o ser humano tiver tanto meios como opções para que possa se desenvolver em todas as órbitas de sua vida, ou seja, ele detiver a oportunidade de ter escolhas¹²⁹.

Em consonância, Amartya Sen já deliberava a respeito de desenvolvimento e liberdade, conceituando que o desenvolvimento ocorria em decorrência da expansão das liberdades. Como explica:

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo¹³⁰.

Continuando,

¹²⁸ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 32.

¹²⁹ MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida**. 2019. p. 21.

¹³⁰ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. 2000, p. 29.

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas — talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade¹³¹.

Cada vez mais, pessoas são privadas de suas liberdades mundialmente, vítimas de modelos governamentais que presam pelo crescimento econômico como sinônimo do desenvolvimento. Compreende-se que o bem-estar das pessoas é associado à liberdade das mesmas em conseguir o que desejam. Nesse sentido, a liberdade é compreendida como a autonomia e o poder do indivíduo, estando centrada nas abordagens do desenvolvimento.

Cabe frisar que mesmo quando existem algumas liberdades, como o caso de segurança econômica, mas não há a existência de outras, como exemplo, a liberdade política, os indivíduos sofrem privações. A negação de liberdades políticas ou civis são deficiências no processo de desenvolvimento.

Compreende-se dessa forma, que a CF de 1988, desencadeou um novo momento histórico para a política brasileira, ao garantir o Estado Democrático de Direito. Seu corpo traz um extenso relatório de direitos que visam a garantia de direitos à pessoa humana, ocasionando também reflexos nas concepções da autonomia da vontade.

¹³¹ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdades**. 2000. p. 16.

CAPÍTULO 2

O DIREITO SUCESSÓRIO

2.1 FUNDAMENTO E ORIGEM DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O homem está ligado a marca de sua finitude, ou seja, nada é eterno, duradouro ou definitivo na humanidade. Tal fato acompanha e limita os anseios futuros do ser humano.

Todavia, de alguma forma a sucessão aparenta uma sensação ou aspiração de prolongamento da pessoa no tempo, de perpetuidade do homem, ou até mesmo de uma espécie de atenuação do sentimento do completo desaparecimento do mesmo¹³².

A cessação da vida, ou seja, sua morte, extingue a personalidade da pessoa, não mais lhe sendo atribuído direitos e obrigações, bem como, desencadeando a ruptura do domínio dos bens materiais, tendo em vista que estes estão diretamente ligados a vida corpórea da pessoa. Torna-se assim, necessário que outras pessoas assumam a titularidade direitos e obrigações dos bens deixados, a fim de se recompor a estabilidade patrimonial¹³³.

Assim, o direito sucessório está atrelado a passagem do tempo de cada pessoa, bem como, reflexos que poderão ocorrer após a sua morte, em especial, com relação aos bens materiais deixados.

Sucessão indica passagem, ou seja, a transferência de um determinado direito de uma pessoa para a outra. É a troca de titulares de um direito. Afasta-se uma pessoa da relação jurídica e outra ingressa em seu lugar, assumindo obrigações e direitos de seu antecessor¹³⁴.

¹³² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

¹³³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

¹³⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19-20.

Ademais, a sucessão pode ser entendida em sentido subjetivo e também objetivo, conforme se observa:

No seu sentido subjetivo, sucessão vem a ser o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; no conceito objetivo, considera-se a universalidade dos bens de um defunto que ficaram com todos os seus encargos, vale dizer, é o próprio patrimônio objeto da transmissão, equivalendo aí a expressão como sinônimo de herança.¹³⁵

Em sentido jurídico, sucessão indica suceder, é uma modificação, onde o sucessor passa a ocupar a posição jurídica do antecessor. Ocorre quando uma pessoa fica investida em um direito ou mais direitos, bem como, em uma ou mais obrigações, que anteriormente pertenciam a outra pessoa¹³⁶.

Assim, o direito sucessório é o conjunto de normas que disciplinam a transferências de patrimônio/bens de determinada pessoa após o seu falecimento, em virtude da lei ou não¹³⁷, podendo ser classificada como sucessão legítima ou testamentária, sendo que essas duas serão analisadas nos itens seguintes.

Em tempos remotos, quando do início da socialização dos indivíduos, não existia a propriedade individual, mas sim e apenas a coletiva, onde grupos ou núcleos sociais eram titulares de bens, o que não gerava relevância alguma ao direito sucessório, tendo em vista que, a morte de uma pessoa acabava por não alterar a situação jurídica do patrimônio¹³⁸.

É a partir da individualização da propriedade, onde não mais a coletividade, mas sim o sujeito que se torna o titular do patrimônio, que o instituto da sucessão começa a ganhar corpo e conteúdo efetivo, iniciando-se discussões sobre o mesmo¹³⁹.

Assim, sucessão e o seu direito têm sua origem ligada ao direito de

¹³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

¹³⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15-16.

¹³⁷ SILVA, David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti; VASCONCELLOS, Roberto Prado de; RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. **Planejamento Patrimonial**: Família, Sucessão e Impostos. 1. ed. São Paulo: Editora B18, 2018. p. 54.

¹³⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

¹³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

família, tendo em vista que se apresenta como um modo de perpetuação das próprias famílias em tempo anterior a existência de um Estado organizado como sociedade política de base territorial. Dessa forma, a possibilidade de a pessoa física transferir suas posses/propriedades por força da morte é instituição consagrada séculos antes da própria Era Cristã¹⁴⁰.

Em antigos povos, como na Roma, Atenas e até mesmo na Índia, a fortuna de uma família era compreendida como algo praticamente imóvel, da mesma forma como era considerado o fogo sagrado e o túmulo dos antepassados¹⁴¹. Ou seja, os bens, valores, patrimônios de uma família eram fundidos, associados e imobilizados, sendo que, ao invés de verem passando de mão em mão pelos herdeiros, era os bens que viam as gerações passarem ao longo dos tempos.

Nesse sentido inclusive, dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade do falecido, de quem despejava sua força e coragem. Assim, no início ocorria muito mais uma transmissão de espírito do parente falecido, do que propriamente e unicamente a transmissão patrimonial. Tudo isso pela necessidade de perpetuar o culto, o nome e as tradições familiares¹⁴².

Dessa forma, a sucessão acabava por apresentar-se na verdade como uma mera consequência da propriedade e do culto. O que se pode de fato observar com importância nesta antiga época, era que a finalidade principal da sucessão estava ligada a assegurar a continuidade da família e a possibilidade de perpetuação da execução das tarefas extrapatrimoniais, e não o repasse do acervo patrimonial a partir da morte¹⁴³.

As organizações familiares primitivas tinham que se autogarantir, pois eram isoladas, independentes, verdadeiras unidades políticas, agrícolas, religiosas e sociais, governadas e mantidas unidas por um fundador, o qual detinha o poder absoluto, sendo que a mulher, filhos e demais agregados tornavam-se verdadeiros

¹⁴⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

¹⁴¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 214.

¹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

¹⁴³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 214.

súditos do *pater familias*¹⁴⁴.

A partir da morte do fundador do grupo familiar, seus poderes se perpetuavam nas mãos de seus sucessores, que de costume era o filho mais velho que assumia o lugar do chefe falecido, dessa forma, conservando a integridade da família, evitando que a mesma viesse a se dissolver e garantindo que se alargasse em proporções geométricas, da mesma forma que uma árvore a lançar novos ramos e galhos¹⁴⁵.

Nesta mesma linha, cumpre ressaltar:

Em todos os povos primitivos, de modo geral, havia características comuns: os direitos patrimoniais não se partilhavam, mas pertenciam à família. Com a morte do pai, a administração passava ao filho primogênito, sempre do sexo masculino. E nestes sistemas (em que só o filho primogênito herdava), ficava o patrimônio nas mãos de um ramo familiar. O primogênito tornava-se opulento. Os demais filhos trabalhavam para aquele, a quem ficavam subordinados, e numa situação econômica inferior. A Bíblia traz exemplos de privilégios em favor da primogenitura.¹⁴⁶

Quanto aos bens do falecido especificamente, eram destinados conforme a lei religiosa, ou seja, era mantida a propriedade comunitária e a família permanecia unida, formada por todos os descendentes do antepassado fundador e por pessoas e ele ligado¹⁴⁷.

Na época havia uma comunhão familiar, onde os bens ficavam destinados com esse grupo, tendo em vista que persistia a comunidade agrária, com as terras sendo de propriedade coletiva¹⁴⁸.

Dessa forma, resta evidente que a finalidade originária da sucessão hereditária era a de garantir a continuidade do mesmo grupo familiar sobre os bens comuns e também sobre os bens pessoais, e não propriamente a transmissão efetiva do patrimônio da pessoa falecida¹⁴⁹.

¹⁴⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

¹⁴⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2-3.

¹⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

¹⁴⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

¹⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

¹⁴⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-4.

Com o passar do tempo o cenário foi sendo alterado, o Estado ganhou força e isso refletiu no enfraquecimento da família primitiva. Assim, mudanças também ocorreram quanto as funções de soberania da figura paterna, bem como, a natureza e forma de sucessão, perdendo o caráter essencialmente pessoal e familiar, tendo em vista que agora se entende e define como o patrimônio deixado pelo falecido¹⁵⁰.

Assim, com essa evolução, foram prevalecendo os sentimentos individuais, firmando-se a propriedade individual, com arrefecimento dos laços políticos, religiosos e também de parentesco¹⁵¹.

Cabe também referir a origem da sucessão voluntária, mais conhecida hoje como testamentária, a manifestação de última vontade, que acabou surgindo com o receio da família ser extinta a partir da morte do pai nos casos em que não haviam descendentes¹⁵².

Assim, para evitar que tal fato ocorresse, passou-se a praticar a designação solene de herdeiro, que nada mais era do que a manifestação do detentor do poder familiar de quem seria o seu sucessor, herdando a soberania doméstica, com os atributos inerentes a governança familiar e titular de todo o acervo correspondente¹⁵³.

Não apenas por isso, mas foram as transformações sociais e a modificação dos costumes religiosos, que marcaram e permitiram a evolução e ampliação do conceito da sucessão¹⁵⁴, em que puderam observar não apenas a passagem natural e legal dos bens aos parentes mais próximos, mas também a possibilidade da sucessão testamentária, decorrente de uma efetiva declaração de última vontade do proprietário dos bens.

Assim, em uma estrutura rígida de família como existia na época, passou-

¹⁵⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

¹⁵² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

¹⁵³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6-7.

¹⁵⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 214.

se a possibilitar que o soberano antes de sua morte acabasse por escolher o herdeiro mais habilitado para exercer o comando da família, a fim de realizar as práticas religiosas domésticas, em favor do falecido, além de ser o responsável pela administração do patrimônio existente¹⁵⁵.

Em momento posterior, o testamento se expandiu com a Lei das XII Tábuas, quando os privilégios começaram a perder força e foi se impondo a liberdade absoluta de disposição dos bens para após a morte¹⁵⁶.

Com a evolução e mudança na sociedade, visão da família e poder do Estado, introduziu-se como regra a ampla liberdade de testar, onde o detentor do poder/patrimônio tinha capacidade plena para livremente dispor de todos os seus bens. Tais alterações da lei permitiam ser a herança distribuída de acordo com o grau de afeição nutrido pelo testador a pessoas que ele considerasse mais próximas, independente se parentes de sangue ou não¹⁵⁷.

Destaca-se tal ponto, tendo em vista que desde o início da sociedade a afetividade já se encontrava presente e inclusive sendo observada pelos dispostos legais e a forma de condução das regras. Inclusive, a afetividade que faz, nesse caso, ultrapassar os próprios laços sanguíneos.

O testamento acabou ganhando grande proporção e importância. Era ele que determinava quem seria o continuador da pessoa do falecido na qualidade de sucessor patrimonial¹⁵⁸.

Tanto é assim que, que o testador tinha total liberdade para testar, a liberdade nesse ponto tornou-se absoluta, conforme se observa:

Vale referir, ainda, que, a partir do momento em que a sucessão testamentária em Roma se torna a sucessão *mortis causa* por excelência (época clássica), a ampla liberdade de testar daí decorrente passa a ensejar ao autor da herança afastar imotivadamente – e, muitas vezes, de maneira injusta – os familiares mais próximos, tais como descendentes,

¹⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

¹⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

¹⁵⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

¹⁵⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

ascendentes, irmãos ou cônjuge, deferindo toda a sucessão a um só deles ou a um terceiro.¹⁵⁹

Ou seja, em determinado momento da história, predominava a total liberdade do autor do testamento sobre seus bens, não ficando o mesmo limitado ou sendo obrigado a direcionar parte de seu patrimônio aos herdeiros necessários, parentes mais próximos. O que prevalecia era a vontade irrestrita do proprietário dos bens para a sua disposição.

Importante referir que, esta predominância do testamento e da liberdade absoluta de testar, ocorria fortemente no Direito romano, onde se observava um forte individualismo. Em contrapartida, no Direito germânico, a sucessão testamentária era pouco conhecida, tendo em vista que, tinham por costume a proteção a família, sendo natural a passagem dos bens diretamente aos herdeiros necessários¹⁶⁰.

Todavia, com o decorrer do tempo e diante de muitos abusos no direito de testar, passou-se a condenar a postura de testadores que com a liberdade total de testar simplesmente esqueciam dos entes mais próximos, pois entendiam que o falecido teria o dever de respeito/consideração para com aqueles que a ele estivessem mais ligados, tendo o dever de ampará-los economicamente para além de sua morte, em especial quanto aos descendentes e ascendentes¹⁶¹.

Diante de tal ocorrência, passou-se a discutir que, assim como ocorria na sucessão legítima ou intestada, seria necessário garantir um percentual de herança para os parentes mais próximos (descendentes, ascendentes e cônjuge). Assim é que começou a surgir o que hoje é conhecido como legítima ou quota legítima¹⁶².

Na defesa da família, é que o Direito romano passou a copiar o Direito grego, onde estabeleceu-se uma primeira restrição à liberdade de testar. Uma quarta parte, chamada de legítima, que deveria ser reservada e destinada aos herdeiros mais próximos do testador¹⁶³.

¹⁵⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

¹⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4-5.

¹⁶¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

¹⁶² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

¹⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de

Posteriormente, essa parte foi elevada a um terço da sucessão, nos casos em que o sucessor tivesse quatro filhos, e nos casos em que tivesse mais de quatro filhos, metade da sucessão seria destinada a estes. Assim, buscou-se garantir a preservação do patrimônio em benefício da família¹⁶⁴.

Ademais, gradativamente a forma de ver a sucessão foi alterada, passando da sucessão pessoal, ou seja, aquela que era essencialmente patriarcal e familiar, para uma sucessão cuja a essência é patrimonial, tendo em vista o enfraquecimento daquela família primitiva que era um verdadeiro órgão social político e religioso, a partir do ascensão do Estado, o qual torna-se um poder soberano que concentra as funções políticas e sociais em franca progressão e crescente ensejo expansionista¹⁶⁵.

Ao longo de toda a história o direito sucessório sofreu uma séria de alterações e interpretações diversas, todas fruto de mudanças sociais, com dependência dos costumes de cada povo, com reflexo mais ou menos forte inclusive da religião.

Assim, a análise do direito sucessório deve ser feita a partir da política de cada nação, levando-se em conta a posição socioeconômica estabelecida pelo seu Estado. Observando-se que em determinadas sociedades o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade, enquanto outras, sustentam a fundamentação não apenas na propriedade em si, mas também na família e a partir disso uma função social que acaba desempenhando¹⁶⁶.

Diante de tais fatores, no Brasil o direito sucessório se fundamentou a partir de dois vieses que se misturam: a tradição germânica da propriedade familiar e a sucessão testamentária dos romanos. Assim o patrimônio do *de cuius* passou a ser separado em duas partes: a da livre disposição com a sucessão testamentária e a direcionada aos seus herdeiros mais próximos que é a chamada sucessão legal ou

Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

¹⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

¹⁶⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

¹⁶⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

legítima¹⁶⁷.

Ademais, destaca-se a relevância da sucessão *causa mortis* que é considerada uma garantia fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, consagrada na Constituição Federal, em seu art. 5, inciso XXX, segundo o qual, “é garantido o direito de herança”¹⁶⁸.

Dessa forma, a sucessão se abre no instante da morte real do falecido, independentemente da abertura de processo judicial de inventário e partilha e até mesmo do conhecimento dos sucessores do falecido de que o mesmo veio a óbito¹⁶⁹.

Todavia, mesmo sendo aberta a sucessão mesmo sem a abertura de qualquer processo, para que seja formalizada a transmissão e distribuição do patrimônio do falecido, faz-se necessário a instauração do procedimento de inventário¹⁷⁰.

A partir do estudo da fundamentação e da origem do direito sucessório desde os primórdios até os dias atuais, passasse a análise voltada ao direito brasileiro, tanto da sucessão legítima como da sucessão testamentárias, bem como, seus reflexos para com o *de cuius* e seus herdeiros.

2.2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E O DIREITO À LEGÍTIMA

A partir do falecimento de determinada pessoa é que seus parentes mais próximos são chamados a herdar, ou seja, a receber os bens que ficaram com a morte. O patrimônio é deferido a pessoas determinadas, segundo a proximidade de parentesco, a própria união pelo casamento com o *de cuius* sendo que, os parentes

¹⁶⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹⁶⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 298.

¹⁷⁰ SILVA, David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti; VASCONCELLOS, Roberto Prado de; RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. **Planejamento Patrimonial: Família, Sucessão e Impostos**. 1. ed. São Paulo: Editora B18, 2018. p. 54.

mais próximos no grau a serem contemplados afastam os demais¹⁷¹.

Assim, a sucessão legítima é aquela chamada de transmissão *causa mortis*, ou seja, decorrente natural da morte do *de cuius*, destinada as pessoas que constam legalmente como herdeiros do autor da herança. Essa indicação feita pela lei ocorre através da chamada ordem da vocação hereditária¹⁷².

Por esse motivo também é que é considerada a sucessão que resulta da lei, sendo que a ordem de chamamento dos herdeiros é baseada na presunção legal de afetividade, ou seja, respeitando a ordem relativa aos parentes mais próximos¹⁷³.

No sistema jurídico brasileiro foi adotado como critério a tradição da maioria das legislações, levando em consideração os laços familiares, incluídos assim os parentes consanguíneos ou com vínculo civil, decorrente de casamento ou união estável, presumindo-se que a eles o falecido desejaria destinar a sua herança, mesmo sem haver qualquer manifestação expressa de vontade¹⁷⁴.

Nesta linha, cumpre destacar uma séria de hipóteses em que ocorre a sucessão legítima:

[...] Primeiro, na ausência de disposição de última vontade, ou inexistência de testamento válido deixado pelo autor da herança – é a chamada sucessão *ab intestato*; segundo, se o testamento perder a eficácia, por exemplo, falecendo o contemplado antes do testador, sem instituição de substituto – diz-se caduco o testamento nesta hipótese; terceiro, mesmo existindo testamento, se as disposições não contemplarem a universalidade do patrimônio do testador, destinando-se os bens não compreendidos na cédula o destino da sucessão legítima (hipóteses previstas no art. 1.788 do Código Civil); por fim, quando vivos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge – CC, arts. 1.845 a 1.850), quanto a eles as regras aplicáveis serão as da sucessão legítima, mesmo existindo testamento, hipótese em que a parcela indisponível do patrimônio do autor da herança, corresponde a 50% (CC, art. Q.789), será a eles obrigatoriamente destinada, promovendo-se, se for o caso, a redução das disposições

¹⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147.

¹⁷² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124.

¹⁷³ SILVEIRA NETTO, Ernesto Junior. **A Concorrência do Parceiro na Sucessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 63.

¹⁷⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124.

testamentárias para preservar os direitos hereditários das pessoas integrantes dessas duas classes.¹⁷⁵

Conforme se observou, é grande a abrangência de situações previstas legalmente que está situada a sucessão legítima, podendo ser a mesma exclusiva em sua totalidade ou restrita a parte não compreendida na liberdade de dispor do falecido.

De forma simplificada, pode-se alegar que a sucessão legítima ocorre nos casos em que a pessoa morre sem deixar testamento ou também quando o falecido deixar bens/patrimônio além daqueles que foram dispostos por meio de testamento realizado¹⁷⁶.

Ademais, é importante observar que, a sucessão legítima não está limitada a ocorrer apenas nos casos em que o autor da herança falece sem deixar por testamento sua declaração de última vontade. Isso porque, a sucessão legítima e a testamentária podem existir de forma simultânea¹⁷⁷. Tal fato é possível observar em casos em que o falecido testou apenas parte de seu patrimônio, ficando a parte não testada para os herdeiros legais.

O legislador determinou uma ordem preferencial sucessória em que restou dividido por classes os herdeiros legítimos, a qual é chamada de ordem de vocação hereditária¹⁷⁸. Assim, as classes de sucessão seguem a seguinte ordem que está prevista no art. 1.829 do Código Civil¹⁷⁹: em primeiro lugar os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, em segundo lugar os ascendentes também em concorrência com o cônjuge, em terceiro lugar o cônjuge sobrevivente e em quarto lugar os colaterais.

Ademais, os herdeiros assim podem suceder por direito próprio, por direito de representação ou por direito de transmissão. No direito próprio, os

¹⁷⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124-125.

¹⁷⁶ SILVEIRA NETTO, Ernesto Junior. **A Concorrência do Parceiro na Sucessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 63.

¹⁷⁷ MENIN, Marcia Maria. **Da sucessão legítima**. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_marcia_maria_menin.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 1.

¹⁷⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 312.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

parentes são todos chamados a suceder em igualdade de condições por estarem no mesmo grau. No direito por representação, são chamados os parentes do herdeiro falecido a suceder em todos os direitos em que o falecido iria suceder. Por último, o direito de transmissão ocorre quando falecendo o herdeiro sem antes declarar se aceitaria ou não a herança, transfere-se o direito aos respectivos herdeiros do falecido¹⁸⁰.

Importante ressaltar ainda algumas características da sucessão legítima, conforme aborda Arnaldo Rizzardo:

- a) A 'hereditariedade', visto que não se admite como herdeiro aquele que não é parente, ou o liame conjugal ou da união de fato. Constitui o fator decisivo para o enquadramento do herdeiro o elemento parentesco.
- b) A 'legalidade', eis que a lei especifica quem é herdeiro, não sendo possível sair de tal relação e incluir outra pessoa, a menos que sejam cedidos os bens.
- c) A 'universalidade', porquanto todos os bens sujeitam-se ao inventário, e não apenas parte deles – exceto se alguns tenham sido dados em testamento.
- d) A 'subsidiariedade', no sentido de que são partilhados os bens que sobraem do testamento. [...]

Dessa forma, pode-se concluir que, a sucessão legítima está fundamentada na existência de vínculo familiar, ou, na falta de elementos de família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal, tudo a partir das determinações impostas pela lei.

Juntamente a sucessão legítima que é deferida por determinação legal¹⁸¹, existe o direito à legítima, o qual surgiu a partir da necessidade de proteção aos familiares mais próximos, sendo a parte dos bens deixada pelo falecido que pertence legalmente aos herdeiros necessários. A legítima equivale à metade destes bens e é assegurada para estes herdeiros.

Cabe pontuar que, a lei expressamente define no art. 1.845 do Código Civil¹⁸², que os herdeiros necessários são os descendentes (filhos e netos),

¹⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147.

¹⁸¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147-148.

¹⁸² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ascendentes (pais e avôs) e o cônjuge.

Quanto a isso, é importante também distinguir herdeiros legítimos de herdeiros necessários, a fim de não correr o risco de afastar da sucessão quem efetivamente ostenta algum direito sucessório ou assegurá-lo efetivamente a quem não o detém¹⁸³.

Assim, herdeiros legítimos são aqueles relacionados na vocação hereditária, estabelecidos legalmente, em uma ordem preferencial de pessoas chamadas a suceder o falecido. Já, os herdeiros necessários, são aqueles em que a lei garante obrigatoriamente uma parcela do patrimônio do finado. Essa parcela é a legítima que compõe a intitulada sucessão necessária ou forçada, sendo a outra parcela do patrimônio intitulada como parte disponível, podendo a mesma ser distribuída a quem quer que seja, segunda a vontade do proprietário dos bens, o testador¹⁸⁴.

Especificamente quanto a legítima, ela está disciplinada no Código Civil Brasileiro nos art. 1.846 e 1.847, onde é possível observar o regramento neste ponto referido:

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.¹⁸⁵

Sempre que o *de cujus* tiver herdeiros necessários, não poderá dispor de mais da metade de seus bens transmissíveis, tendo em vista que, as regras sobre a sucessão hereditária estabelecem uma proteção a mais a estes herdeiros legais¹⁸⁶. Tal previsão está expressa no art. 1.789 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual,

¹⁸³ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

¹⁸⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22-23.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 jan. 2021.

¹⁸⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 761.

“havendo herdeiros, o testador só poderá dispor da metade da herança”¹⁸⁷.

Assim, não havendo herdeiros, o autor da herança possui a liberdade total e irrestrita para dispor de seus bens em testamento. Todavia, a liberdade torna-se restrita quando da existência de herdeiros necessários, situação em que permite ao falecido testar apenas a metade ideal de seu patrimônio, essa, a chamada parte disponível. A outra metade, chamada de legítima, pertence de pleno direito aos herdeiros necessários¹⁸⁸.

Nesse ponto, destaca-se particular classificação e Ana Luiza Maia Nevares relativo ao tema:

A sucessão legítima se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária. A sucessão legítima necessária é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cuius*, dando origem aos herdeiros necessários e à quota necessária, também chamada. Em contraposição a esta, há a quota disponível, ou seja, aquela parte do patrimônio que o *de cuius* pode livremente dispor através do testamento.¹⁸⁹

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos pelo mundo, mesmo que em formatos diferentes, buscam assegurar parte dos bens/patrimônio as pessoas presumidamente mais próximas ao autor da herança, tendo por convicção que a legítima ampara a própria família, estrutura que vem especialmente protegida pelo Estado¹⁹⁰.

Entende-se como uma das justificativas para a garantia legal da legítima¹⁹¹, a necessidade de proteção dos membros da família do falecido, tendo em vista que, são o grupo de pessoas unidas por laços sanguíneo, com maior proximidade e convivência, inclusive, por vezes, já usufruindo das vantagens decorrentes dos bens.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹⁸⁸ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

¹⁸⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro da Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35.

¹⁹⁰ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

¹⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002.** 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 149.

O direito civil com seu Código de 2002, a partir da posição da Constituição Federal de 1988, alterou sua essência e seu fundamento, abandonando o foco patrimonialista e individualista no Código anterior para adotar uma visão mais abrangente e humana, onde o social prevalece sobre o individual, o ser prevalecendo sobre o ter, tornando o sentimento tão importante quanto a própria existência¹⁹².

Essa nova visão se refletiu no direito de família e das sucessões, conforme se observa nas palavras de Luiz Edson Fachin:

O direito não permanece imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais e consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.¹⁹³

Assim, a legítima constitui uma das formas tutelares do Estado para com a família, tendo por objetivo impedir que o desatino, o desmando ou a falta de consciência prevaleça sobre o afeto e a solidariedade que devem ser o norte das relações familiares¹⁹⁴.

Isso vai de encontro com a renovação dos valores sociais que conduziram a transformação do conceito de família tradicional. Antes, a família patriarcal, revestida de caráter econômico, político e religioso, com sua evolução, passa a ser formado em um grupo vinculado por laços afetivos, ou seja, passa-se a valorizar a afetividade nas relações familiares¹⁹⁵.

¹⁹² OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 39.

¹⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 306.

¹⁹⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38-39.

¹⁹⁵ CHANA, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano IX, n. 42, jun/jul 2007. p. 46-47.

A legítima e sua proteção por meio do princípio da intangibilidade, encontram-se em consonância com o ordenamento constitucional vigente e corroboraram para concretizar no direito das sucessões os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, da solidariedade, da livre iniciativa e da propriedade privada¹⁹⁶.

Quanto a isso, destacam-se as lições de Maria Celina Bodin de Moraes:

O princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora preponderando para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.¹⁹⁷

Dessa forma, o instituto da legítima não deve ser compreendido apenas como um direito de propriedade, mas sim, se deve enaltecer o compromisso ético e moral de proteção à família a partir dos princípios da afetividade e da solidariedade¹⁹⁸.

Neste ponto que se encontra o fundamento do instituto da legítima, na conciliação entre o princípio a liberdade do proprietário dos bens e o direito dos parentes familiares próximos à sucessão, ou seja, a legítima é o meio termo entre a plena liberdade de testar e a proteção da família¹⁹⁹.

Nessa mesma linha, bem observa Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

A instituição de herdeiros que necessariamente recebem parte da herança, bem diferente do direito antigo, tem outro fundamento e outra função. Como se disse, forte na lição de Luigi Mengoni, a instituição da reserva destinada aos herdeiros necessários realiza diretamente o interesse coletivo de conservação econômico-social da família, de seu núcleo mais restrito. Ou, ao menos, constitui uma exigência social de preservação de interesses individuais dos parentes de vínculo mais estreito com o *de cuius*, expressão de uma inderrogável solidariedade que deve haver entre esses parentes

¹⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27.

¹⁹⁷ MORAIS, Maria Celin Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 190.

¹⁹⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

¹⁹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

mais próximos, mas de toda a sorte com isso tutelando-se, afinal, a própria família.²⁰⁰

Cumprе ressaltar também que, a existência da legítima, que é uma reserva destinada aos herdeiros necessários, é um fator de limitação à ampla vontade do autor da herança, que, caso queira realizar um testamento, não poderá dispor da totalidade de seus bens, ou seja, terá sua liberdade de testar restrita pela existência de herdeiros necessários²⁰¹.

Os herdeiros necessários só serão privados de receber a legítima em casos específicos de indignidade e deserdação, os quais são descritos taxativamente pela lei. Assim, a legítima é intangível, não podendo ser diminuída em sua essência ou em seu valor por nenhuma cláusula testamentária que por ventura seja disposta pelo testador²⁰².

Diante de todo o exposto, é possível evidenciar que o direito à legítima está fundamentado no direito brasileiro a partir dos princípios da afetividade e solidariedade familiar, devendo ser analisado como um mecanismo de preservação e proteção da dignidade dos herdeiros necessários, advindo daí sua natureza tutelar e protetiva a estes herdeiros.

2.3 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E INSTITUTOS DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA

Conforme dispõe o art. 1.786 do Código Civil Brasileiro, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”²⁰³, ou seja, pelo ordenamento jurídico brasileiro é possível observar dois tipos de sucessão, uma que é prevista por lei, em que a herança é transmitida aos sucessores legais (descendentes, ascendentes,

²⁰⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexão sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 722.

²⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 353.

²⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 21.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

cônjuge e colaterais), a outra que é a manifestação da vontade do *de cuius*, a qual é realizada por meio de testamento.

Assim, a sucessão testamentária é aquela na qual a designação dos bens/patrimônio se regula em conformidade com a vontade expressa de seu proprietário, por meio da realização de um negócio jurídico unilateral chamado de testamento²⁰⁴.

Como bem conceitua Ernesto Junior Silveira Netto, “a sucessão testamentária é aquela que emana do ato de última vontade em vida do *de cuius*, feito por meio de um ato jurídico, denominado testamento”²⁰⁵.

Assim, a sucessão testamentária está fundamentada na autonomia da vontade da pessoa, sendo que, esta vontade é manifestada por meio do testamento, que é o instrumento definido por lei para as declarações de última vontade²⁰⁶.

De forma contrária ao que ocorre a sucessão legítima, na sucessão testamentária pressupõe-se a aquisição de uma situação jurídica que decorre da intervenção da vontade do testador, aquele que é o proprietário dos bens/herança²⁰⁷.

A partir da sucessão testamentária e de seu instrumento, que é o testamento, é que surge a possibilidade ou faculdade de buscar estender a vontade do ser humano para além de sua morte com relação a disposição de seus bens/patrimônio²⁰⁸.

A origem da palavra testamento veio da conjugação das palavras *testari* e *mentum* ou *mentis*, tenho como tradução original a de expressar a vontade ou a mente (*mentis*) na presença de testemunhas (*testis*). Ou seja, é o testador dizendo a

²⁰⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 514.

²⁰⁵ SILVEIRA NETTO, Ernesto Junior. **A Concorrência do Parceiro na Sucessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 64.

²⁰⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

²⁰⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

²⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 228.

sua vontade na presença de testemunhas²⁰⁹.

O negócio jurídico que é imprescindível para que ocorra a sucessão testamentária é o testamento. É este documento pelo qual qualquer pessoa poderá determinar em vida como irá dispor de seu patrimônio para depois de sua morte. É o testamento o instrumento que produzirá consequências jurídicas para depois da morte de seu testador²¹⁰.

O testamento é a manifestação de última vontade da pessoa natural, um negócio jurídico unilateral, espontâneo, personalíssimo, gratuito, solene e revogável, o qual tem por objetivo central a determinação de herdeiros ou legatários de sua herança, podendo ser do todo ou de parte dela, com o objetivo de produzir efeitos após a sua morte²¹¹.

Nessa mesma linha, importante evidenciar essas características elencadas que são referentes a natureza jurídica deste ato jurídico chamado de testamento:

Em síntese, então, mostra-se o testamento como um ato: a) personalíssimo, uma vez que apenas o testador pode realizá-lo; b) revogável, porque a qualquer tempo o testador pode produzir novo instrumento revocatório do anterior, no que respeita às disposições de caráter patrimonial; c) unilateral, porque se aperfeiçoa apenas e exclusivamente com a manifestação de vontade do testador; d) gratuito, porque não se compadece de qualquer aspecto oneroso, embora suporte a existência e imposição de encargos a herdeiro instituído ou legatário, o que não desvirtua a sua observância dos requisitos essenciais e das formalidades legais; f) *causa mortis*, porque sua eficácia só será produzida após a morte do testador.²¹²

Resta evidenciado que o testamento é um negócio jurídico por excelência²¹³, tendo em vista que, a vontade do *de cujus* atinge a máxima relevância possível com o respeito e força de suas determinações no âmbito de sua própria esfera jurídica.

²⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 232.

²¹⁰ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 281.

²¹¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 511-512.

²¹² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 218.

²¹³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 512.

Faz-se necessário pontuar que, o testamento não se trata de um contrato, pois não possui os elementos próprios dele, como por exemplo a bilateralidade, a irredutibilidade das vontades e a comutatividade. Nem mesmo configura um quase-contrato, exatamente pela falta da obrigatoriedade de cumprimento daquilo que o testador estipulou, tendo em vista a possibilidade de ocorrer a revogação²¹⁴.

Como já abordado, o testamento:

Trata-se de um ato unilateral da vontade, e assim prevalece enquanto é mantida válida a declaração. Pela unilateralidade, não obriga, pois a toda pessoa autoriza-se mudar ou revogar aquilo que ele decidiu, e que tem valor somente para ela.²¹⁵

É tão marcante esta característica do testamento que não há possibilidade de duas ou mais pessoas combinarem ou acertarem fazer de forma conjunta um testamento, sequer ser possível a colocação de condições para que seja válido o que foi declarado e determinado²¹⁶. Inclusive, a vontade do testador deve ser livre, espontânea, clara e sem qualquer vício de consentimento, sob pena de tornar-se nulo o testamento.

Tanto é assim, que tal impedimento consta expresso no art. 1.863 do Código Civil, segundo o qual “É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.”²¹⁷

Elemento do testamento diretamente ligado a unilateralidade é que o testamento deve ser personalíssimo, isso exatamente para impedir qualquer mácula de dúvida quanto à declaração de última vontade do testador. Assim, também se torna proibitivo a realização do ato por intermediação de procurador ou que se faça a mando de terceiros. A presença do testador no momento da realização do ato é indispensável para que o mesmo seja considerado válido e eficaz²¹⁸.

²¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 229.

²¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 229.

²¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

²¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de

Há uma série de princípios que tornam o testamento solene e essencialmente formal. Todo esse rigorismo e formalidade que são impostos, tem por objetivo não deixar dúvidas quando a livre manifestação de vontade de seu testador, bem como, afastar ou diminuir possíveis alegações que possam gerar alguma nulidade. Exemplos que podem ser citados nesse sentido: testamento com uma redação truncada e com diversos erros, ou com incompleta menção das pessoas que seriam favorecidas, ou até mesmo indefinição quanto ao montante do patrimônio incluído. Todos esses são defeitos/fatores que podem gerar a invalidade do testamento²¹⁹.

A revogabilidade é outro elemento essencial do testamento. A qualquer momento o testador pode revogar ou tornar sem efeito, no todo ou em parte, o testamento realizado. Além disso, também pode modificar o seu conteúdo como bem entender²²⁰.

Acerca disso, muito bem pontua Pontes de Miranda:

A vida é mudança. Legado que hoje se faz, amanhã talvez não o mereça o legatário. Quem hoje se aconselhou e se incluiu entre os herdeiros, talvez, no ano próximo, no mês que vem, seja inimigo, e se deva excluir. Pode bem ser que, feito o testamento, se descubram o manejo, os ardis, as insinceridades, com que se conseguiu o testamento. O próprio testador pode cair em si da paixão, da maldade, ira, contemplação, fraqueza moral, demasiado rigor, com que instituiu ou excluiu herdeiro. Maior experiência de vida pode sugerir-lhe expediente clausuladores, que acautelam os bens dos descendentes ou beneficiados. Talvez simples maneira de execução dos encargos. Impunha-se tinha de induzir-se esta regra fundamental da revogabilidade inderrogável dos testamentos.²²¹

Importante destacar que, o testamento é válido não apenas para determinações que envolvam o fim patrimonial, podendo o testador realizar um testamento unicamente com disposições de caráter não patrimoniais, conforme disposto no parágrafo 2, do art. 1.857 do Código Civil²²².

Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

²¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

²²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231.

²²¹ MIRANDA, Pontes. **Tratado dos Testamentos**. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello & Cia., 1930. p. 60-61.

²²² Art. 1.857, § 2: São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o

Como exemplo de disposições extrapatrimoniais, pode-se citar o reconhecimento de filhos, a disposição sobre o próprio corpo, a permissão ao viúvo de ditar regras acerca da administração dos bens dos sucessores menores, o perdão ou reabilitação do indigno, a imposição de cláusulas restritivas, a revogação em todo ou em parte de testamento anteriormente realizado.

Ainda, há de se ressaltar o caráter *causa mortis* do testamento, ou seja, somente é executável e gera efeitos após a morte de quem o testou. Durante a vida do testador, o testamento será totalmente ineficaz. Menos em casos que se trata do reconhecimento de filhos, quando se aproveitará a declaração ainda em vida do testador²²³.

O testamento e a sucessão testamentária também apresentam um significado importante de ordem social, tendo em vista que, ele possibilita a distribuição das riquezas para além do seu círculo familiar, de parentes mais próximos, pessoas que sequer eram parentes sua. Diversas pessoas encontram na sucessão testamentária um caminho para remediar de forma econômica e também de compensar determinadas pessoas pela dedicação e carinho que tiveram com o morto enquanto este estava vivo²²⁴.

A sucessão testamentária ou o direito de testar, de realizar/produzir um testamento, está disciplinado no art. 1.857, *caput*, do Código Civil brasileiro, segundo o qual, “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade de seus bens, ou parte deles, para depois de sua morte”²²⁵.

Assim, por fim, quanto à disposição legal acerca do testamento, importante referir que é necessária a capacidade civil do autor do testamento, devendo o mesmo encontrar-se em pleno gozo de seus direitos ou que tenha capacidade de fato e de direito para poder dispor de seus bens, bem como, que o patrimônio a ser testado seja lícito, ou seja, aquele possível de testar, que não

testador somente a elas se tenha limitado. (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

²²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231.

²²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 227.

²²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

possui limitação²²⁶.

Resta evidente que o testamento não tem como única finalidade a de instituir herdeiros ou legatários, ou seja a distribuição de bens patrimoniais, mesmo que, possa esta ser a sua principal finalidade. Assim, este negócio jurídico unilateral, é um ato essencialmente revogável, pelo qual a pessoa dispõe de seus bens/patrimônio ou realiza determinações de caráter não patrimonial, dentro do permitido por lei, cujo efeitos serão produzidos apenas após a efetivação de sua morte²²⁷.

Diante de todo exposto, evidencia-se que o ato de testar é o um dos momentos de ápice da personalidade e liberdade da pessoa para com o seu patrimônio, no qual, poderá dispor da forma como entender, levando em consideração fatores que ultrapassam a sanguinidade, fato este que valoriza as relações afetivas do autor da herança.

Em contrapartida a isso, há previsão legal de institutos limitadores da liberdade do testador, os quais existem com o objetivo primordial de proteção aos parentes mais próximo e em detrimento da própria vontade do proprietário da herança. Assim, passasse a analisar alguns desses institutos.

A liberdade existe enquanto as relações entre as pessoas e setores obedecerem a padrões e regras impostas. Em outras palavras, não infringindo a lei, mesmo que esta não reflita a melhor solução para várias situações, constitui elementos de segurança e tranquilidade. Tal fato se observa no testamento no momento em que se impõe um forte rigorismo e regramento, com o objetivo de respeitar com fidelidade a vontade humana e a lei.

Nesse ponto de vista, a liberdade de testar de qualquer pessoa somente é total se inexistirem herdeiros necessários, pois existindo estes, a liberdade de testar restringe-se a metade do patrimônio existente, tendo em vista que, a outra metade,

²²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 234.

²²⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 516.

como já abordado, é a legítima, destinada legalmente aos herdeiros necessários²²⁸.

Assim, com o objetivo de garantir o direito a legítima, dentro do direito das sucessões há o instituto da redução das disposições testamentárias, o qual visa proteger o direito dos herdeiros necessários não deixando que a parte disponível do patrimônio/herança, porventura testada pelo *de cujus*, ultrapasse a metade autorizada legalmente.

A redução das disposições testamentárias consiste na possibilidade de os excessos praticados pelo autor do testamento quanto a quota disponível serem reduzidos. É um ajuste ao ato de última vontade do testador, para que sejam equilibradas a parte legítima e a disponível, conforme os limites estabelecidos legalmente²²⁹.

No momento em que aberta a sucessão, mesmo contra a vontade declarada do testador, se for verificada a presença de herdeiros necessários, estes têm o direito sobre a quota relativo a legítima, ou seja, a metade dos bens do *de cujus*, salvo se renunciarem, se resignarem, forem declarados indignos ou deserdados²³⁰.

O instituto da redução das disposições testamentárias está inserido no Código Civil nos art. 1.967 e 1.968²³¹ e tem por finalidade principal procurar proteger e valorizar os herdeiros necessários a partir da sucessão legítima, sendo que a vontade do legislador é interpretada no testamento, não admitindo disposição acima da legítima dos herdeiros²³².

O portador da capacidade de testar ou capacidade testamentária ativa, por motivações diversas e de forma consciente ou não, pode exceder os limites impostos por lei no momento em que dispor de seus bens em favor dos sucessores

²²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 475.

²²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 476.

²³⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 760-761.

²³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²³² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 279.

testamentários mais do que lhe seria permitido, em detrimento de seus herdeiros necessários, será cabível a aplicação da redução destas disposições a fim de preservar a legítima²³³.

O instituto da redução testamentária tem sua origem ligada diretamente aos primórdios do Direito romano, onde predominava a liberdade total de testar sem que houvesse qualquer restrição²³⁴. Isso porque, ao longo do tempo, passou-se a questionar tal liberdade, tendo em vista, entenderem necessária uma reserva para proteção aos parentes mais próximos. Assim surgindo a legítima e junto com ela o instrumento para protegê-la nas situações em que essa reserva não fosse respeitada.

Uma ressalva importante quanto a redução das disposições testamentárias é que quando o testador só testar e dispor de parte de seus bens, em uma determinada quota que lhe é permitida, ou seja, que não avance a metade da herança que é a parte destinada aos herdeiros necessários, este instituto não deverá ser utilizado, sua aplicação é unicamente nos casos em que os herdeiros necessários forem prejudicados com relação a parte da herança que é sua por direito²³⁵.

Assim é possível observar a atenção do legislador, que ao mesmo tempo em que cuida do interesse jurídico dos sucessores que possuem direito à legítima, também não se limita a desconsiderar por completo a vontade do testador expressa em sua manifestação de última vontade, resguardando-a no que é legalmente possível sem torna-lo nulo por inteiro²³⁶.

Sendo ultrapassado os limites da parte disponível e verificado o excesso do testador no momento em que ocorrer a abertura da sucessão, o instituto da redução poderá ser utilizado pelos interessados em decorrência da compressão provocada, para que as disposições invasivas fiquem dentro da metade disponível e

²³³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 761.

²³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 476.

²³⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 761.

²³⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 279.

não persista extrapolando a quota legítima que deve ser garantida aos herdeiros necessários²³⁷.

Quanto a forma em que se procede essa redução testamentária, consta a previsão nos parágrafos do art. 1.967, sendo que,

De acordo com o § 1º, a redução se produzirá *pro rata*, nas quotas os herdeiros instituídos até onde baste, mas, se ainda assim, for insuficiente, processar-se-á também os legados, na proporção de seu valor. Já o § 2º dispõe que o testador, se quiser, poderá prevenir a ocorrência do desequilíbrio, predeterminando que eventuais reduções, se necessárias, processar-se-ão, primeiro, na quota de certos herdeiros ou certos legatários. Sua vontade será respeitada, operando-se na ordem da lei, isto é, primeiro na quota dos herdeiros indicados e, depois, se ainda necessário, na quota dos legatários.²³⁸

Importante observar que, a redução não se opera apenas quanto as liberdades levadas a termo via testamento. Também as doações são submetidas à depuração dos excessos, de modo a ficarem dentro da quantidade permitida. Todavia, ao contrário das reduções quanto à disposição dos bens, nas doações pode ocorrer a redução ainda em vida²³⁹.

Ponto que cabe destaque, testamento em que for disposto pelo testador quota maior do que a disponível e que vem a sobrepor a quota legítima, não o torna automaticamente inválido, apenas confere aos herdeiros necessários poderes para pleitear a redução das disposições excessivas. Tanto é assim que, se os herdeiros necessários optarem por se sujeitar e aceitar menos herança do que teriam por direito com o objetivo de respeitar a vontade exorbitante do *de cujus*, o testamento será integralmente cumprido pois não há nada que o torne inválido²⁴⁰.

Assim, o instituto da redução das disposições testamentárias não se aplica de forma automática ou de ofício no momento da abertura do testamento, mas é sim um direito que incumbe ao herdeiro necessário de pleitear para que seja reduzida a liberalidade efetuada pelo *de cujus* em caso de ter disposto mais do que a quota disponível até que seja completada a parte que cabe a legítima, restando

²³⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 762.

²³⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 280.

²³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 477.

²⁴⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

evidente que a disposição excessiva não invalida o testamento²⁴¹.

No direito sucessório brasileiro os herdeiros necessários são privilegiados quanto ao direito de suceder. Tal afirmativa resta evidente tendo em vista que em determinados casos não é respeitada a vontade do falecido quanto a disposição de seus bens nem mesmo quanto a parte disponível que, de direito, seria permitida para testar.

Existem situações como o surgimento de novos descendentes ou da ignorância quanto a existência de herdeiros necessários, que o legislador previu o rompimento do testamento na integralidade de suas disposições, ficando o ato da vontade roto, não surtindo nenhum efeito²⁴².

Assim, o instituto do rompimento do testamento restará materializado quando o testador não tiver herdeiros necessários no momento em que realizar o seu testamento, mas, após isso, surgir algum herdeiro necessário que o testador não sabia da existência, a lei rompe o testamento na sua totalidade, o qual torna-se sem efeitos.

O rompimento do testamento, que também é conhecido por ruptura do testamento ou revogação ficta, é um instituto no direito sucessório que trabalha com base em uma presunção, ou seja, tendo o testador ignorado a existência de um herdeiro necessário no momento da confecção de seu testamento, presumisse que se soubesse da realidade, que possuía este herdeiro necessário, não teria realizado testado²⁴³.

Destaca-se que não se dá propriamente a revogação neste instituto, pois essa ocorre com a manifestação da vontade do testador no sentido de que não permanece intactas as disposições anteriormente testadas²⁴⁴. No rompimento do testamento desconsidera-se por completo a vontade do testador, e não pelo seu

²⁴¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 279.

²⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 522.

²⁴³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810.

²⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 522.

interesse ou efetivo consentimento, tendo em vista que inclusive já faleceu, mas sim em decorrência de situações que surgiram e que ele não tinha conhecimento antes de sua morte.

Neste sentido, também se destaca a conceituação do instituto:

Também chamado de *ruptura* ou *rupção*, entende-se por *rompimento* do testamento a perda de sua validade em razão da superveniência de descendente do testador, ou de ignorância da existência de herdeiro necessário à época da facção do instrumento, ou de aparecimento ulterior de descendente que o testador julgava morto.²⁴⁵

Assim, no momento em que aberta a sucessão do testador e sendo verificado a existência de herdeiros necessários em que o autor não tinha conhecimento ou quanto a sua ignorância, o testamento perde sua eficácia, sendo rompido todas as suas disposições²⁴⁶.

O instituto do rompimento do testamento está presente no Código Civil e as possíveis causas estão elencadas nos art. 1.973 e 1.974²⁴⁷.

O art. 1.973 do Código Civil aborda o fato do surgimento de descendente sucessível do testador, do qual o mesmo não conhecia quando testou. São exemplos de casos que podem ser enquadrados na redação deste artigo: a gravidez de cônjuge ou companheiro desconhecida pelo testador, nascimento posterior de filho ou outro descendente, adoção futura, reconhecimento voluntário, investigação de paternidade julgado procedente em momento posterior a produção do testamento e o aparecimento de descendente em que o testador acreditasse que estivesse falecido ou cuja existência ignorasse²⁴⁸.

Enquanto o art. 1.973 tem hipóteses voltadas para casos que venham ocorrer com os descendentes do testador, o art. 1.974 aborda situação que pode acontecer com ascendentes e cônjuge sobrevivente, tendo em vista que se o

²⁴⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313.

²⁴⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810.

²⁴⁷ 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. (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

²⁴⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810-811.

testador no momento da confecção do testamento tivesse conhecimento de que seus ascendentes e cônjuge estivessem vivos, não estaria dispondo de seu patrimônio como o fez, ou seja, a situação está diretamente ligada a presunção de que o autor do testamento não o teria confeccionado ou diferente o faria sabendo da realidade²⁴⁹.

Quanto as hipóteses de cabimento do instituto do rompimento do testamento, também se pontua:

As hipóteses de rompimento de testamento descerram exatamente essa superveniência de descendente sucessível do testador (arts. 1.973 e 1.974), que porque não o tinha e nasceu depois, quer porque não conhecia sua existência e o reconheceu posteriormente, quer porque o adotou, quer porque um embrião fertilizado com seu material genético, com seu conhecimento e durante sua vida, fora implantado e gerado, ainda que depois de sua morte, dando origem a uma criança. Uma outra hipótese – que se registra desde os tempos romanos – refere o caso de ignorância, por parte do testador, de sobrevida de filho que julgasse morto, ou o nascimento de filho depois de sua morte.²⁵⁰

Dessa forma, em qualquer caso em que ocorra alguma das hipóteses elencadas, o rompimento tornará o testamento integralmente ineficaz, sendo que as disposições de última vontade do testador serão desconsideradas na sua totalidade, não havendo saldo algum, tudo se destrói e restaura-se a sucessão legítima de forma plena²⁵¹.

Cumprido destacar que, o rompimento do testamento é uma das causas de ineficácia legal do ato de última vontade do testador prevista pelo legislador, tendo por objetivo principal a proteção aos herdeiros necessários que inexistiam ou eram desconhecidos do testador no momento em que realizou o seu testamento²⁵².

Além disso, o legislador deixou evidente que nos casos que configuram a ruptura do testamento o mesmo torna-se ineficaz em sua totalidade, ou seja, é todo o testamento que fica rompido, não podendo produzir nenhum efeito pretendido pelo

²⁴⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 811.

²⁵⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313.

²⁵¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313-314.

²⁵² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 811-812.

testador²⁵³.

Ponto que deve se ressaltar quanto a este instituto é a presunção absoluta, ou seja, não há possibilidade de produção de prova em contrário, pois entende a lei que se de fato o testador tivesse ciência das verdadeiras circunstâncias, ou seja, da existência de herdeiros necessários, teria revogado seu testamento ou sequer teria o feito²⁵⁴.

O rompimento do testamento também é chamado de revogação presumida exatamente pela característica da presunção que está atrelada a ele, ou seja, as causas a exprimir a possibilidade de rompimento do testamento levam a presumir que o ato de última vontade não iria ser realizado caso fosse do conhecimento do testador, ou seja, entende que, sabendo da existência deste descendente, deixaria todo o seu patrimônio para ele²⁵⁵.

É em decorrência da presunção de que o testador teria dado diferente destino aos seus bens caso soubesse da existência ou superveniência de descendente, que o rompimento também é conhecido como uma revogação por força da lei²⁵⁶. Assim, resta evidente que a presunção da real vontade do testador é fundamental para a configuração da ruptura do testamento.

Acerca desta característica fundamental do rompimento do testamento que é a presunção de vontade, ressalta-se também as palavras de Arnaldo Rizzardo:

Tem a lei em conta a presunção de que outras seriam as disposições testamentárias na situação de prever a superveniência de prole, ou de conhecer a existência de descendentes já nascidos. Todos estão ligados por sentimentos mais estreitos de afeto quanto aos filhos e netos, que levam a coloca-los, normalmente, numa ordem de preferência relativamente aos outros herdeiros.²⁵⁷

Tem-se aqui, outro importante e peculiar acontecimento, que é a superveniência do descendente sucessível após a realização do ato de última

²⁵³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 812.

²⁵⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 812.

²⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 522.

²⁵⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313.

²⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 523.

vontade daquele que até então não tinha descendente algum.

Ademais, de fundamental importância para configuração do rompimento do testamento nos moldes previstos na lei, é a ignorância, o desconhecimento do testador quanto a existência de descendentes ou demais herdeiros necessários²⁵⁸. Isso pois, tendo o testador conhecimento da existência dos herdeiros e mesmo assim dispondo da parte disponível, não será rompido o testamento.

Tanto é assim que, o próprio art. 1.975 do Código Civil²⁵⁹ dispõe que nos casos em que o testador sabia da existência de herdeiros necessários não se rompe o testamento.

A norma assim é clara e não comporta dúvidas, nos casos em que sabendo da existência de herdeiros necessários, o *de cujus* efetua o testamento, respeitando ou não a quota disponível, o mesmo terá validade e produzirá todos os efeitos legais²⁶⁰.

Existe aqui uma preterição dos herdeiros necessários, mas que é de necessária existência, pois a liberdade de testar nos casos de haver herdeiros necessários já é bastante limitada²⁶¹. Assim também se respeitada minimamente a liberdade de alguém dar em testamento a terceiros, não havendo impossibilidade alguma de destinar a quota disponível para quem o testador preferir, mesmo sendo os herdeiros necessários prejudicados, mas não lesados na metade que tem direito por garantia da legítima.

Importante referir também que, conforme entendimento jurisprudencial, o testador, a fim de não correr o risco de ocorrer o rompimento do testamento, pode prevenir-se e declarar em seu ato de última vontade que na possibilidade de existirem herdeiros necessários, se tenha como eficaz o testamento sem que seja

²⁵⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 314-315.

²⁵⁹ 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. (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

²⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 525.

²⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 525.

ofendida a legítima. Tal medida é possível inclusive em relação a possível superveniência, ou seja, como se o testador estivesse prevendo a existência/superveniência de herdeiros necessários²⁶².

Ainda, vale evidenciar posicionamento da doutrina e jurisprudência dominante quando em casos em que mesmo sabendo da existência de um ou mais herdeiros necessários, o testador dispõe em favor de terceiros, o testamento irá permanecer eficaz, mesmo que apareça outro herdeiro necessário ignorado ou desconhecido do testador²⁶³.

Isso pois, o desconhecimento em relação há herdeiros necessários é apenas parcial, e se a interpretação não fosse essa, o herdeiro necessário que viesse depois será mais beneficiado do que os demais herdeiros necessários que o testador tinha conhecimento da existência²⁶⁴.

A linha temporal também deve ser observada para a efetiva aplicação do rompimento do testamento. Isso pois, em caso que sobrevivendo descendente após a realização do testamento, a princípio, poderia ocorrer a ruptura o testamento. Todavia, esse rompimento só poderia gerar efeitos após a morte do autor do testamento. Assim, neste caso, vindo o descendente sobrevivendo falecer antes de seu ascendente que dispôs de seus bens, sem deixar por sua vez descendentes, não poderá ser aplicado o rompimento²⁶⁵.

Quanto ao caso referido, importante destacar que, embora houvesse estado presente os requisitos/hipóteses para a utilização do instituto de ruptura do testamento, diante do fato ocorrido, da situação fática, já não mais era possível aplicação.

Diante do todo o exposto, é possível concluir que o rompimento do testamento ocorre pela presunção da lei de que o testador não realizaria testamento ou o faria de forma diversa se soubesse da existência de herdeiro necessário que

²⁶² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 813.

²⁶³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 813.

²⁶⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 813.

²⁶⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 315.

não sabia ou não o conhecia no momento que testou. A presunção é requisito necessário para aplicação do rompimento.

Ainda, a ineficácia total e irreversível do ato de última vontade do testador é a grande consequência nas situações em que vier a ocorrer o rompimento do testamento, pois não é respeitado em nenhuma forma o que o *de cujus* dispôs sobre seus bens. Tudo se torna inválido, como se o mesmo nem tivesse testado.

CAPÍTULO 3

A ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE O DIREITO A LIBERDADE E AUTONOMIA A VONTADE COM OS INSTITUTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN

3.1 A LIBERDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE AOS LIMITES LEGAIS IMPOSTOS PELO DIREITO DAS SUCESSÕES

A partir dos estudos realizados nos capítulos anteriores, nos quais foram abordados o direito constitucional a liberdade e seus reflexos na autonomia da vontade, bem como, quanto a análise do direito sucessório, foi possível observar a colisão existente entre os direitos da autonomia da vontade, liberdade e o direito à propriedade, frente a limitações impostas por institutos do direito sucessório quanto à possibilidade de dispor de seus bens, com destaque para o direito à legítima e o rompimento do testamento.

Tais colisões são decorrentes da evolução e mudança da sociedade, com a globalização das últimas décadas que representou um fenômeno complexo, policontextual. Com isso, os efeitos da contemporaneidade provocam alterações em áreas diversas do conhecimento humano, desencadeando mudanças nas relações pessoais em sociedade, apresentando-se a comunicação como um fator essencial em meio a esse novo contexto apresentado²⁶⁶.

Nessa linha, destacam-se as palavras de Niklas Luhmann:

[...] la sociedad es el concepto social más amplio, incluye todo lo social y, por consiguiente, no conoce ningún entorno social. Si se agregan factores sociales, se surgen interlocutores o temas de comunicación novedosos, la sociedad crece, pues esos factores arraigan en la sociedad, no pueden ser externalizados ni tratarse como una cosa de un entorno, ya que todo lo que es comunicación es sociedad.²⁶⁷

²⁶⁶ ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/dez. 2016. p.1027 – 1043. p. 1034.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 408.

Assim, especificamente sobre a colisão referida, de um lado, pode-se observar a liberdade, que muito mais que um princípio, é um direito fundamental inerente ao ser humano, pois é a partir da liberdade que todo e qualquer indivíduo poderá desenvolver a sua personalidade.

Tanto é assim que, o direito à liberdade anda em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal, isso pois, é necessário a liberdade para que a pessoa alcance os espaços sociais e materiais que sua individualidade exige²⁶⁸.

O direito à liberdade, como já abordado, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro juntamente com os direitos de primeira geração, os quais são voltados a titularidade do próprio indivíduo como forma de resistência ou oponibilidade ao Estado.

São direitos como o da liberdade que valorizam o homem singular e suas liberdades abstratas, garantindo a sua dignidade. Tanto é assim que está presente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5, *caput*, segundo o qual, “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 [...]”²⁶⁹.

Ligado diretamente a liberdade, pois é a partir dela que se coloca em prática esta liberdade, está o autonomia da vontade, o qual, é o direito que o indivíduo possui para tomar suas próprias decisões livremente, sem que ocorram interferências externas, como é o caso daquelas que ocorrem por meio da imposição e força do Estado.

Raphael Furtado Carminate conceitua a autonomia da vontade da pessoa como:

Direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que

²⁶⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 317.

²⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s).²⁷⁰

Quanto a autonomia da vontade começou a surgir nos ordenamentos jurídicos a mesma era voltada para questões de cunho patrimonial. Mas com o passar do tempo e com a evolução da sociedade, a autonomia do indivíduo foi ganhando termos gerais, sendo atualmente considerada uma garantia fundamental presente na constituição.

Dessa forma, a autonomia da vontade não se manifesta apenas em direitos patrimoniais, mas também naqueles interesses não patrimoniais, conforme relata Taisa Maria Macena de Lima:

Em nome do princípio da autonomia da vontade, opera-se a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões, tais como: a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras.²⁷¹

Mostra-se de grande relevância a autonomia da vontade e sua garantia como um direito fundamental, tendo em vista, não ser mais visto apenas como aplicável aos direitos patrimoniais, mas sim e também, para os direitos de personalidade, garantindo a proteção que os mesmos necessitam.

De outro lado, encontram-se institutos dentro do direito sucessório que limitam a liberdade e autonomia da vontade testador, ou seja, do proprietário dos bens/patrimônio, de dispor da forma como melhor entende quanto a herança que irá deixar. Dentre estes institutos destacam-se a legítima e o rompimento do testamento.

A legítima é um instituto do direito das sucessões voltado para a proteção de herdeiros necessários, ou seja, os descendentes, ascendentes e cônjuge, nas

²⁷⁰ CARMINATE, Raphael Furtado. O Direito à Legítima e a Autonomia Privada do Testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 2, p. 33 e 59, mar./abr. 2014. p. 52.

²⁷¹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 248.

duas modalidades de sucessão permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim, sua incidência ocorre tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária²⁷².

É justamente na sucessão testamentária que se encontra o ponto de colisão deste instituto com o da autonomia da vontade. Isso em decorrência de que a sucessão total dos bens por meio de testamento, atendendo à vontade integral do falecido, só é possível nos casos em que não existirem herdeiros necessários, tendo em vista, que para estes é garantida a metade do patrimônio do autor da herança por meio da proteção da legítima²⁷³.

Assim, em que pese devesse prevalecer a vontade do *de cuius* quanto a destinação de seus bens a partir da sucessão testamentária com sua disposição de última vontade, acabam ocorrendo restrições, limitações severas nos casos em que existam herdeiros necessários²⁷⁴.

Na mesma linha, destaca-se a colocação de Francisco Furtado de Oliveira Filho:

Na sucessão testamentária essa proteção aos herdeiros necessários se manifesta na medida em que no testamento, negócio unilateral, o testador não tem o poder de dispor da totalidade do seu patrimônio de acordo com a sua autonomia da vontade. Ele deve se conformar com a restrição legal de testar apenas a metade do seu acervo hereditário, na hipótese de algum herdeiro necessário (descendente, ascendente e o cônjuge) sobrevivo.²⁷⁵

Novamente se reitera, essa limitação imposta ao testador é bastante severa, ao passo que metade do patrimônio deve ser resguardado como proteção à legítima.

²⁷² OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

²⁷³ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁷⁴ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁷⁵ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

Inclusive pode-se pensar que, essa limitação a autonomia da vontade do autor da herança é um dos fatores determinantes para que os brasileiros não utilizem ou até relutem para não utilizar o testamento como uma das formas de planejar a sucessão de seus bens²⁷⁶.

Toda essa restrição à liberdade de testar e até mesmo de doar consagrada a partir do instituto da legítima parte de uma presunção totalmente genérica e intervencionista do Estado, que acaba refletindo diretamente no cidadão que não sabe o que é melhor para si e para seus familiares com relação a seus bens para após o seu falecimento²⁷⁷.

O regramento quanto ao instituto da legítima é antigo, vigente no Brasil desde quando o mesmo ainda era uma colônia, e permanece rígido no ordenamento jurídico pátrio mesmo com tudo a evolução econômica e social pela qual o país passou ao longo de todo esse período²⁷⁸.

Entende-se que este instituto é um dos pilares para a garantia da proteção a família. Neste ponto, corrobora as palavras de Ana Luiza Maia Nevares:

Sem dúvida, a proteção da família é objetivo que encontra amplo respaldo na normativa constitucional, valendo ressaltar que a Constituição Federal prevê que o Estado deve garantir assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, demonstrando uma preocupação com os membros da família e não com a instituição familiar em si mesma, em clara busca da concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito de Família.²⁷⁹

Tanto é assim que, consta expressamente no artigo 226 da Constituição Federal de 1988²⁸⁰, que a família é considerada como a base da sociedade, tendo

²⁷⁶ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

²⁷⁷ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁷⁸ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

²⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?** 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

²⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

especial proteção do Estado.

Entretanto, também consta como garantia fundamental presente na Constituição Federal a propriedade e a herança que juntamente com o princípio da livre iniciativa, completam a base constitucional para o regramento da sucessão, a fim de valorizar o trabalho, a acumulação de capital e assim também a sua transmissão aos herdeiros²⁸¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente de outros países e legislações pelo mundo, adotou um sistema inflexível quanto o instituto da legítima, no qual, irá incidir tal direito/proteção, independentemente da qualidade do herdeiro e da concorrência da herança²⁸².

Quanto a este ponto, faz-se necessário evidenciar que, muitas legislações sequer adotam a legítima e outras que adotam possuem um regramento muito mais específico e flexível do que o adotado pela legislação brasileira, que se apresenta como genérico e com grande rigidez.

A fim de comparar esses diversos regramentos, Gildásio Pedrosa de Lima formulou um quadro autoexplicativo que resume a temática:

| PAÍS | ADOTA A LEGÍTIMA | PARTE INDISPONÍVEL |
|------------------|------------------|--------------------|
| Brasil | Sim | 1/2 |
| Direito Islâmico | Sim | 2/3 |
| Inglaterra | Não | 0 |
| EUA | Não | 0 |

²⁸¹ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.
LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁸² OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35.

| | | |
|---------------------------------|--|-----|
| Finlândia | Sim, mas apenas para os filhos e seus descendentes | 2/3 |
| França Holanda Luxemburgo | Sim, mas apenas para os filhos e seus descendentes | 1/2 |
| Cuba China Rússia | Sim, mas só herdeiros com dependência econômica | 1/2 |

Quadro - diferenças do regramento do instituto da legítima hereditária²⁸³

Resta evidenciado que a restrição da liberdade e autonomia da vontade do testador em razão da legítima está enraizada em uma tradição cultural e jurídica forte, sendo que sua existência é nítida em diversos países, com destaque especial aqueles de tradição romano-germânica²⁸⁴.

Dessa forma, acontece que essa visão de dívida para com os herdeiros necessários faz com que seja destinado automaticamente seu espólio a eles, sobrepondo-se a própria vontade e a autonomia do indivíduo com seu direito de propriedade²⁸⁵.

Todavia, tais fundamentos já não servem para o que alegam se propor, bem como, não conseguem afastar uma série de outros fundamentos que se apresentam com toda a evolução e transformação recente no direito de família para

²⁸³ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁸⁴ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁸⁵ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

que a legítima seja flexibilizada ou excluída com o objetivo de prevalecer a autonomia da vontade do testador de forma mais ampla que a permitida, tendo em vista que é em sua essência patrimonial²⁸⁶.

Se o instituto da legítima já se mostra invasivo quanto aos limites impostos a liberdade e autonomia da vontade do testador, o instituto do rompimento do testamento que faz parte do direito sucessório brasileiro, desrespeita por completo a vontade do autor da herança, podendo inclusive ser considerado inconstitucional pela forma como agride a liberdade e autonomia da vontade do testador.

Conforme já explanado, o rompimento do testamento ocorre quando o autor da herança confecciona um testamento a fim de dispor de seus bens e ignora a existência de algum herdeiro necessário, como exemplo, algum descendente que não sabia que tinha ou até mesmo algum herdeiro necessário que achasse que estivesse morto. Dessa forma, a partir do surgimento deste herdeiro necessário que não se tinha o conhecimento, operasse o rompimento deste testamento, sendo que o mesmo perde sua validade quanto a totalidade de suas disposições²⁸⁷.

Destaca-se que, diferentemente do que ocorre na revogação, onde é manifestada a vontade do testador no sentido de não perdurar mais as disposições elencadas no testamento anteriormente realizado, no rompimento o seu ato de última vontade cai completamente, não surtindo efeitos e independente da real vontade do testador, pois aqui não é a vontade do testador que está sendo manifestada²⁸⁸.

Simplesmente o legislador determinou a ineficácia total do testamento, para que o mesmo não produzisse efeito algum, partindo unicamente da presunção de que se o testador tivesse real conhecimento dos fatos, ou seja, da existência deste herdeiro necessário que desconhecia no momento da confecção do

²⁸⁶ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

²⁸⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810-811.

²⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 522.

testamento, não teria realizado tal ato ou teria alterado suas disposições de última vontade²⁸⁹.

Ora, baseado em uma presunção de que a vontade do testador seria diferente com o conhecimento deste herdeiro desconsiderasse por completo o testamento, onde, de fato, de forma concreta e efetiva foi onde o testador expressou sua vontade.

A presunção nada mais é do que uma conclusão antecipada, baseada unicamente em indícios e suposições, não tendo uma concretude real. Destaca-se que, por mais que o autor do testamento desconhecia a existência de um herdeiro necessário no momento da confecção do testamento, foi neste ato que manifestou sua vontade, devendo ser a mesma respeitada²⁹⁰.

Além disso, como se poderia garantir que, se soubesse da existência deste herdeiro necessário o testador mudaria sua manifestação de última vontade ou sequer realizaria o testamento? Atualmente, com as diversas formas de família e também com a valorização do afeto, do sentimento, que ultrapassam qualquer constituição tradicional de família²⁹¹, com configurações diversas das mais conhecidas, não seria possível presumir a vontade do testador como o legislador assim pensou.

Se com a legítima em que é garantido metade dos bens do *de cujus* já pode ser questionada a limitação da liberdade e autonomia da vontade do testador, muito pior ocorre com a incidência do rompimento do testamento, onde desconsidera-se por completo a vontade daquele que testou.

Este instituto do rompimento do testamento apresenta-se inteiramente inconstitucional e desproporcional, um afronte a liberdade e autonomia da vontade

²⁸⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 812.

²⁹⁰ LONGO, Mateus Rigo; OLTRAMARI, Vitor Hugo. O rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias: um confronto necessário para garantia dos princípios constitucionais na busca do equilíbrio existencial. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). **Grandes temas de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 216. p. 485-486.

²⁹¹ ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli n. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves. **Afetividade no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 104.

que são garantias constitucionais.

Observa-se um desequilíbrio deste instituto, pois ele consegue ser mais agressivo que a própria legítima, instituto que mantém tanta força jurídica por sua base ser voltada para a proteção a família.

Assim, seria no mínimo razoável dizer que, com a ocorrência do rompimento, de fatos que instigassem a sua contemplação, o máximo que poderia ocorrer seria a garantia da legítima para esse herdeiro que veio a surgir, que antes era desconhecido pelo testador. Como uma forma inclusive proporcional de ação, mantendo o mínimo respeito a autonomia da vontade do testador que dispôs de seus bens²⁹².

Mesmo que se considere a proteção a família como uma garantia constitucional, a liberdade, a autonomia da vontade e o direito de propriedade também são, devendo ser igualmente protegidos e garantidos, como fim inclusive de ser mantida a dignidade da pessoa²⁹³.

O respeito à vontade do testador quanto a disposição de seus bens, está presente tanto na Constituição Federal como também no Código Civil, inclusive devendo sempre o juiz e o testamenteiro buscarem a verdadeira vontade do testador, valendo-se inclusive de testemunhas para melhor interpretar a manifestação de vontade.

Tanto é assim que, Rhafael Furtado Carminate é enfático quanto a autonomia do testador:

Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como regra geral a impossibilidade de limites sobre a mesma, sendo esses admitidos em caráter excepcional, apenas nas

²⁹² LONGO, Mateus Rigo; OLTRAMARI, Vitor Hugo. O rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias: um confronto necessário para garantia dos princípios constitucionais na busca do equilíbrio existencial. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). **Grandes temas de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 216. p. 486-487.

²⁹³ LONGO, Mateus Rigo; OLTRAMARI, Vitor Hugo. O rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias: um confronto necessário para garantia dos princípios constitucionais na busca do equilíbrio existencial. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). **Grandes temas de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 216. P. 487.

situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício.²⁹⁴

Diante de toda a exposição realizada, resta evidenciada a colisão entre os preceitos constitucionais da liberdade e autonomia da vontade e a proteção a família, quando o assunto é o direito sucessório.

3.2 A TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN E O PARADOXO MATEMÁTICO DA PARÁBOLA DO DÉCIMO SEGUNDO CAMELO

A partir desta colisão existente entre direitos constitucionais, ou seja, a liberdade e autonomia da vontade frente as limitações impostas pelo direito sucessório com objetivo de proteção a família, apresenta-se a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, a qual tem enfoque no estudo da sociedade e a interação entre os diversos sistemas, como forma de buscar uma resposta para as mudanças sociais e os reflexos neste choque de direitos encontrado.

A Teoria Sistêmica, desenvolvida por Niklas Luhmann, a qual é uma das teorias estruturadas para o estudo da sociedade, se baseou na premissa de que não há nada com foco mais social, fora da sociedade. Ou seja, a sociedade é considerada uma malha formada por vários sistemas que mesmo em atrito, não alteram a sua essência²⁹⁵.

Acerca da importância desta teoria pós-moderna, destaca-se as palavras de Carlos Eduardo Alban e Selmar José Maia:

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann é considerada uma das mais sofisticadas e completas construções discursivas sobre o Direito do final do século XX. Delimitações conceituais como as de autopoiese, código, função, operação, estrutura, organização, meio, forma, observação, referência e sistema trouxeram às análises jurídicas um processo cognitivo não só pós-metafísico, como também pós-ontológico de observação da realidade social. O resultado dessa inovação foi uma concepção de Direito que passou a ter a relação entre os diversos

²⁹⁴ CARMINATE, Raphael Furtado. O Direito à Legítima e a Autonomia Privada do Testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 2, p. 33 e 59, mar./abr. 2014. p. 51.

²⁹⁵ STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine R. O diálogo entre sociedade e direito na era contemporânea: perspectivas através da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: SOBREIRA FILHO, Enoque F; SILVEIRA, Clóvis E. M.; FREITAS, Lorena de M. (Coord.). **Filosofia do direito II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 416-430.

sistemas sociais autopoieticos, sua diferenciação funcional e abertura cognitiva como seus grandes fundamentos.²⁹⁶

Nesse contexto, um dos sistemas que compõe a sociedade pode ser descrito como o sistema do direito, responsável por decisões jurídicas e cuja possibilidade de alteração somente pode ocorrer, devido a outras decisões também jurídicas. Compreende-se, portanto, a sociedade, como um único conceito a ser moldado dentro dela mesma, sendo compreendida por meio das relações sociais que necessariamente, precisam do direito.

A partir dessa concepção, Luhmann estabeleceu a Teoria dos Sistemas como uma teoria complexa social, na qual o direito está incluso. Para compor sua teoria, Luhmann elegeu vários conceitos provenientes de diversas disciplinas da ciência, como a biologia, psicologia, comunicação, entre outras, para auxiliar e justificar os fenômenos sociais em sua teoria. Partindo dessa miscelânea conceitual, aplicaram-se os conceitos de autopoiesis, autorreferência, sistema e entorno, entre outros²⁹⁷.

Percebe-se que Luhmann empregou tais conceitos em sua teoria, pois os sistemas sociais podem ser considerados como autorreferenciais devido a sua capacidade de atuar baseado nas suas próprias constituintes. Além de ser autopoieticos por se reproduzirem automaticamente a si mesmos enquanto um sistema.

Acredita-se que Luhmann empregando tais conceitos desenvolveu sua teoria para compreensão da sociedade por meio das relações cognitivas entre os indivíduos. Da mesma forma, aplicado ao desenvolvimento de códigos sistêmicos e suas comunicações²⁹⁸.

A proposta de Luhmann para estabelecer um conceito de sociedade buscava alterar a forma como a análise sociológica era realizada na sociedade

²⁹⁶ ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/dez. 2016. p.1027 – 1043. p. 1028.

²⁹⁷ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 132.

²⁹⁸ MELLO, Marcelo P. de. A perspectiva Sistêmica na Sociologia do Direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 18, n. 1, junho/2006. p. 351-373. p. 352.

contemporânea. A concepção sistêmica defendida pelo autor buscava explicar os modelos recorrentes das relações que ocorrem entre os entes sociais, cujo resultado são os sistemas de comunicação, os quais representam a natureza das sociedades²⁹⁹.

A interpretação de Luhmann para a sociedade era de um sistema, o qual deveria considerar a diferença entre sistema e entorno para a sua compreensão. Dessa forma, para a formação da teoria Luhmanniana, muitas mudanças foram sendo assimiladas, como a adoção do conceito de autopoiesis³⁰⁰.

Sobre este relevante ponto da sua teoria, cabe ressaltar que a autopoiesis representa a capacidade de um sistema reproduzir os seus componentes e estruturas em um processo fechado operacionalmente, utilizando seus próprios elementos para isso³⁰¹.

Vale comentar que esse conceito de autopoiesis, originalmente era empregado na biologia por Maturana e Varela³⁰² baseando-se em uma lógica de conceber organização, estrutura, unidade e autonomia aos organismos vivos através da diferenciação de sistema-ambiente. Já Luhmann aplicou este conceito para todos os sistemas nos quais pode-se verificar uma forma operacional exclusiva, como o caso dos sistemas sociais e psíquicos.

Assim, com uma análise sistêmica-sociológica, compartilhando a noção de autopoiese dos autores supracitados, Luhmann traz o direito e a sociedade através da oposição entre autorreferência e heterorreferência por intermédio dos mecanismos de abertura e fechamento dos sistemas³⁰³.

Na teoria sistêmica a autonomia deve ser entendida como uma

²⁹⁹ MELLO, Marcelo P. de. A perspectiva Sistêmica na Sociologia do Direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 18, n. 1, junho/2006. p. 351-373. p. 353.

³⁰⁰ MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 20[...]. Disponível em: < https://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em 04 fev. 2021.

³⁰¹ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 78.

³⁰² MATURANA, Humberto. **La Realidad: ¿objetiva o contruida?** Barcelona: Anthropos, 1995. p. 3.

³⁰³ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. **Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 342.

capacidade específica de leis próprias que são responsáveis pela organização de determinado sistema, que é definido como unidade, sendo que, é a estrutura interna que garante a singularidade aos organismos³⁰⁴. A abordagem utilizada na teoria sistêmica traça uma nova forma de acesso ao conhecimento, trazendo questionamentos sobre o próprio processo de cognição.

A teoria de Luhmann partia da premissa que sistemas diferentes que desenvolviam a mesma função, poderiam ser comparados dentro de uma sociedade³⁰⁵. Em outras palavras, seria possível estabelecer um paralelo em diferentes campos por meio de estruturas que podem ser comparadas.

A noção de autopoiese fica subentendida quando se caracteriza como a capacidade do sistema de se auto reproduzir. Sendo assim, enfatizando a compreensão sobre o que seria a autopoiese dentro da Teoria Sistêmica de Luhmann, pode-se entender que ao considerar um sistema vivo e autônomo, o mesmo se reproduz, autorregulando-se e interagindo com o meio em que vive. Este meio por sua vez, ocasiona alterações nesse ser que são determinadas pela sua estrutura e não, por influência do entorno (meio externo).

Ademais, cabe referir que, todo o sistema se desintegra quando ocorrem trocas estruturais, não sendo conservada a sua organização. Assim, é possível observar que o que altera dentro de um sistema é a sua estrutura, sendo a sua organização um elemento invariante, fazendo com que a organização autopoietica permaneça comum a todos os seres vivos e um fator que os define como tais³⁰⁶.

Em sua teoria, Luhmann concebe sistemas sociais que não são fechados e nem abertos. Isso porque, é impossível um sistema ser plenamente fechado, tendo em vista não ser possível um sistema se autorreproduzir unicamente a partir de si mesmo. Por outro lado, um sistema plenamente aberto também seria inviável, pois não haveria a diferenciação sistema-ambiente e assim nem mais um sistema

³⁰⁴ MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003. p. 28.

³⁰⁵ ROCHA, Leonel S. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequencia**, v. 1, n. 62, jul./2011, p. 193-222. p. 206.

³⁰⁶ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 339.

seria³⁰⁷.

Justificando tal compreensão que se forma em relação à autopoiese, ressalva-se que “A inovação de Luhmann é o exame da sociedade a partir do paradigma sistema-meio, em que a sociedade é categorizada como sistema, e os sujeitos, formadores de seu entorno”³⁰⁸. Esse enfoque na questão sistema/meio é o demonstrativo do abandono ao modelo antigo cartesiano que considerava o objeto como fundamento e alvo da pesquisa.

Na Teoria sistêmica, compreende-se que o foco de estudo considera a comunicação entre os subsistemas e a interação entre eles, como partes integrantes de estrutura funcional denominada de sociedade, que considera a sua evolução por meio de questões prováveis e decorrentes do seu meio. Portanto, Luhmann subtrai o sujeito da explicação dos fenômenos sociais e aplica o dinamismo social e sua interação sistema/meio.

Cabe evidenciar a comunicação como um dos pontos centrais da teoria de Luhmann. Em seu entendimento, os sistemas sociais são sistemas comunicativos que se reproduzem exatamente pelo fato de estarem constantemente ligando comunicações entre si e, em decorrência disso, cada sistema social é composto por um conjunto de múltiplas comunicações³⁰⁹. Assim, a comunicação é realizada a partir de uma relação circular entre estrutura e operações comunicativas.

Tanto é assim que, Leonel Severo Rocha³¹⁰ entende que é por intermédio da comunicação que se constitui e sustenta a sociedade como sistema social. E a comunicação depende de fatores como a linguagem, da diferenciação e das estruturas para que seja gerado a evolução social.

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 38.

³⁰⁸ BAGGENSTOSS, Grazielly A. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. 187 p. Florianópolis, 2014. p. 27.

³⁰⁹ KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no Direito. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

³¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. **Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 35.

O que se pode observar na delimitação em fases da teoria de Luhmann, é que inicialmente o mesmo buscou examinar a sociedade por meio de sua funcionalidade, diferentemente das concepções sociológicas tradicionais que consideravam a sociedade como um conjunto de indivíduos.

Essa compreensão parte do exposto por Luhmann, ao considerar que:

Cuando se parte de la distinción sistema/entorno hay que colocar al ser humano (como ser viviente y consciente) o en el sistema o en el entorno; dividirlo o fraccionarlo en tercios no es viable empíricamente. Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos — ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos. Pero con esto se entraría en oposición evidente con el concepto de derechos humanos, en especial con el de igualdad. Tal 'humanismo' fracasaría ante sus propias ideas. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero —en cuerpo y alma — como parte del entorno del sistema sociedad.³¹¹

Assim, compreende-se que os indivíduos dentro do estudo da sociedade, não poderiam ser considerados como partes integrantes a serem analisadas, pois isso, ocasionaria na sua segregação em grupos específicos, contrapondo-se às premissas dos direitos humanos, que considerava o indivíduo como sujeito central de direitos. Como a sociedade moderna era considerada um sistema pelos sociólogos da época, estava representada por um conjunto de elementos que interagem entre si, formando redes de comunicações.

Refletindo o fato de os sistemas sociais desenvolverem para si comunicações auto representativas do seu modelo de linguagem, elas podem ser diferenciadas de acordo com características próprias e códigos, como de economia, política, direito, entre outros. Sendo assim, para cada modelo linguístico, foram formando-se sistemas com o objetivo de ordenar essas interações sociais de acordo com cada diferenciação funcional, formando estruturas fechadas e operacionais³¹².

Essa diferenciação funcional reforça a formação de especializações que caracterizam cada subsistema, a exemplo do direito, além das suas diferenciações internas que os subdividem em direito constitucional, público ou privado. A

³¹¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 16.

³¹² BAGGENSTOSS, Grazielly A. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. 187 p. Florianópolis, 2014. p. 28.

diferenciação entre os sistemas, portanto, é o que distingue as teorias relativas à sociedade moderna daquelas teorias arcaicas, que mantinham uma classificação mais segmentada, ou ainda, das sociedades antigas que estratificavam os grupos de acordo com hierarquias³¹³.

Presume-se então, ao analisar tais pressupostos, que o cerne estrutural da atual sociedade é a diferenciação das funções nelas existentes e não mais, a organização descendente ou ascendente entre os grupos. Justamente essa concepção de diferenciação funcional que é a base da Teoria Sistêmica de Luhmann.

Assim, essa reformulação de bases proposta por Luhmann evidencia o pressuposto da sociologia em que tudo está incluído dentro da sociedade, não sendo possível nenhuma produção de linguagem que não ocorra dentro de seu interior. Dessa forma, a criou comunicações e sistemas que refletem em sua complexidade dependendo o tipo de evolução funcional consagrado³¹⁴.

Vale mencionar que a compreensão de que a sociedade moderna vive em constante diferenciação de suas funções, baseado num processo de autorreferência e auto reprodução (autopoiese), justifica que cada sistema desenvolva as suas próprias estruturas para reproduzir-se e manter sua identidade e da mesma forma, evoluir.

Reforça-se ainda que os subsistemas sociais presentes em uma sociedade, representam uns para os outros, entornos. Assim, a relação entre eles define a comunicação da sociedade, demonstrando uma relação sistema-sistema denominada de “Acoplamento Estrutural”³¹⁵. Um Exemplo de acoplamento estrutural entre os sistemas pode ser representado pela constituição, acoplamento entre os subsistemas direito e política.

³¹³ ROCHA, Leonel S. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequencia**, v. 1, n. 62, jul./2011, p. 193-222. p. 214.

³¹⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

³¹⁵ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 93.

Com a Teoria Sistêmica, Luhmann buscou criar uma teoria que explicasse a sociedade moderna de forma diferente dos pressupostos teóricos que envolviam a relação sujeito e objeto, difundidos até então nas abordagens epistemológicas. Na teoria Luhmanniana não há sujeitos (sistema psíquico) ou objetos (sistema social), visto que ambos não poderiam se comunicar de maneira direta³¹⁶.

Nessa teoria, o sistema psíquico, representado pelo sujeito, seria o entorno do sistema social. Portanto, “o conhecimento que o sistema psíquico consegue apreender acerca do sistema social sempre será um autoconhecimento, uma autodescrição”³¹⁷.

Aponta-se ainda que Luhmann, ao substituir a unidade autorreferencial principal da teoria de autopoiese da biologia, que era a vida, pela comunicação, possibilitou que seu conceito pudesse ser empregado na relação do Direito com a sociedade³¹⁸.

A sua utilização para o Direito favoreceria a compreensão do debate entre a semiótica e a linguística, beneficiando o acesso deste a novos sentidos e interpretações, haja vista que a comunicação é o elemento principal do Direito e da Sociedade³¹⁹.

Especificamente, quanto ao sistema jurídico, ou seja, de Direito, ele trata-se de um sistema autoreprodutor, onde suas operações e decisões referem-se a si mesmo, dentro de seu próprio sistema, sendo assim, são autorreferenciais. Acerca destas peculiaridades do sistema jurídico, destacam-se os apontamentos de Gunter Teubner:

[...] o Direito é um sistema social autopoietico de comunicação, que se autonomizou do sistema social geral graças à emergência de um código próprio e diferenciado suficientemente estável para funcionar como centro

³¹⁶ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 116.

³¹⁷ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 116.

³¹⁸ ROCHA, Leonel S. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequencia**, v. 1, n. 62, jul./2011, p. 193-222. p. 199.

³¹⁹ ROCHA, Leonel S. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequencia**, v. 1, n. 62, jul./2011, p. 193-222. p. 207.

de gravidade e princípio energético de um processo de autorreprodução recursiva, fechada e circular de comunicações especificamente jurídicas.³²⁰

Importante destacar que, em que pese ocorra o fechamento operacional no sistema Direto, o mesmo não está isolado ou separado por completo da sociedade e dos demais subsistemas. O que ocorre é que o próprio sistema jurídico é quem acaba por definir seus limites e o que de fato é relevante ou não em seu entorno, quais irritações do ambiente é que poderão gerar alterações em si mesmo³²¹.

Com a globalização das últimas décadas que acabou gerando grandes alterações nas mais diversas áreas e o surgimento de uma sociedade policontextual, também foram desencadeadas mudanças nas relações das pessoas em sociedade, o que atinge diretamente alterações no direito e na sua condução, sendo de grande importância a comunicação, da mesma forma como Luhmann considera fundamental em sua teoria³²².

Assim, com o objetivo de enfrentar as colisões existentes e que continuam a surgir no subsistema do Direito, como é o caso do abordado neste trabalho, Luhmann parte para uma análise utilizando-se de uma lógica da necessidade/não necessidade, onde busca exemplificar com paradoxos que o Direito é de forma simultânea necessária e não necessário³²³.

Para explicar a sua teoria, Luhmann utiliza da parábola do décimo segundo camelo. E antes de adentrar na explicação quanto a sua teoria, importante destacar a utilização de uma parábola para melhor exemplificar o seu pensamento. Parábola é uma forma de demonstrar a realidade do seu conteúdo a partir de um formato alegórico³²⁴. Seguindo a mesma linha, Abbagnano, conceitua parábola como

³²⁰ TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 21.

³²¹ RODRIGUES, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. *In*: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005. p. 53.

³²² ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/dez. 2016. p.1027 – 1043. p. 1034.

³²³ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

³²⁴ OLIVEIRA, Wagner Vinicius. O “Décimo segundo camelo” de Luhmann: entre aporias,

um “argumento que consiste em aduzir uma comparação ou um paralelo”³²⁵.

A referida parábola, conta a história de um homem rico que teve seu patrimônio dividido entre seus três filhos após a sua morte. Para a divisão de seu patrimônio, o homem realizou um testamento, a fim de deixar determinado a partilha de seus bens.

Assim, com o processo sucessório realizado através de testamento, o homem deixou como herança para seus três filhos onze camelos que deveriam ser partilhados seguindo os preceitos determinados pela religião da sua comunidade, a qual, levava em consideração a idade de cada um dos filhos para fazer a divisão³²⁶.

Seguindo as regras estipulados pela religião, conforme pedido do homem, ficou determinado que, o primeiro filho, o mais velho, receberia a metade dos camelos deixados pelo pai. O segundo filho, do meio, teria direito a um quarto dos camelos. E por fim, o terceiro e mais novo dos filhos, ficaria com apenas um sexto dos camelos³²⁷.

Com a morte do homem rico, o filho mais velho então reivindicou seis camelos, o que gerou protesto dos seus dois irmãos, tendo em vista que isso representaria mais do que era seu de direito, ou seja, a metade dos camelos. Da mesma forma, haveria conflito para que os outros dois herdeiros pudessem reivindicar a sua parte.

Com isso, ficou evidente que não haveria condições fáticas para conjugar as disposições do testamento a partir do monte sucessório deixado. Isso porque, seria inviável atribuir cinco camelos e meio para o primeiro filho, dois virgula setenta e cinco camelos para o segundo filho e um virgula oitenta e três camelos para o

interpretações e hermenêutica jurídica. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 53. Brasília. Jul/dez 2017. p. 103-120. p. 110.

³²⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 742.

³²⁶ ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/dez. 2016. p.1027 – 1043. p. 1036.

³²⁷ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

terceiro filho. Da mesma forma, os herdeiros não podiam contrariar a vontade de seu pai³²⁸.

A fim de sanar o conflito existente, os três filhos levaram a situação para análise de um juiz. Este então ofertou aos herdeiros um camelo de seu acervo pessoal para buscar uma solução ao problema. Com isso, o monte sucessório passou a ser composto por doze camelos³²⁹.

Com essa nova composição de patrimônio, seria possível iniciar a divisão. Assim, o filho mais velho recebeu a metade dos camelos que era sua por direito, ou seja, seis camelos. Já o segundo filho ou filho do meio, pode receber um quarto, isto é, três camelos. E o filho mais novo ganhou o seu um sexto, que restava configurado por dois camelos.

Dessa forma, partindo de um jogo matemático, em que o juiz emprestou um de seus camelos para fazer a divisão do patrimônio deixado, foi possível partilhar os onze camelos entre os três herdeiros e o décimo segundo camelo, que era do juiz foi devolvido para o mesmo³³⁰.

A partir da análise desta parábola, se pode observar que, no momento em que determinadas situações são vistas por um viés diferente, é possível obter resultados totalmente diversos dos que anteriormente se tinha, dessa forma, sendo paradoxais.

Acerca de tal ponto, pontua Leonel Severo Rocha que:

[...] não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro. Assim, algumas questões do normativismo podem estar ainda muito presentes em certas questões e, para outras, não fazerem

³²⁸ OLIVEIRA, Wagner Vinicius. O “Décimo segundo camelo” de Luhmann: entre aporias, interpretações e hermenêutica jurídica. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 53. Brasília. Jul/dez 2017. p. 103-120. p. 110.

³²⁹ OLIVEIRA, Wagner Vinicius. O “Décimo segundo camelo” de Luhmann: entre aporias, interpretações e hermenêutica jurídica. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 53. Brasília. Jul/dez 2017. p. 103-120. p. 110.

³³⁰ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

nenhum sentido [...] existem passagens, portais, que se fecham e não fecham. Depende sempre da observação do problema.³³¹

Dessa forma, nota-se que no subsistema do Direito o paradoxo existente fica evidenciado justamente no momento em que se tenta reduzir a complexidade de determinado caso ou situação e o que acaba ocorrendo na verdade é que essa complexidade fica ainda mais incrementada, com mais desdobramentos.

Dessa forma, o grande desafio voltado para irresolução dos paradoxos no sistema de Direito é descrever de maneira não paradoxal que a realidade é paradoxal. É necessário que se parte da afirmação de que não existe um observador último que tenha a capacidade de conhecer uma verdade última. Com isso, toda a construção feita acaba por se resolver com uma rede de observações sobre observações, a fim de que sejam submetidas a condições de restrições com o intuito de se autorregular³³².

3.3 AS NOVAS PERSPECTIVAS PARA O TEMA COM A APLICAÇÃO DA TEORIA SISTÊMICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

A partir do estudo desenvolvido, com a observância do direito à liberdade e a autonomia da vontade e sua colisão com institutos do direito das sucessões, bem como, com a análise da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e toda a abordagem que o mesmo faz sobre o paradoxo existente no Direito, passasse a aplicação prática quanto à forma que a jurisprudência vislumbrar esses preceitos, os reflexos causados pelas mudanças sociais e a própria aplicação da teoria estudada aos casos concretos.

Ao analisar a jurisprudência atual, pode-se destacar uma séria de fatores, entre eles o respeito a autonomia e do cumprimento da vontade do testador, ao

³³¹ ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

³³² MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. *In*: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 292.

mesmo tempo em que, permanece inerente o cumprimento do regramento das leis vigentes.

Quanto à busca pelo respeito ao ato de última vontade, destaca-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no processo nº 1.0027.04.042692-9/001, em que, buscou-se por meio de herdeiros do *de cujus* a nulidade do testamento por não ter respeitado todas as formalidades exigidas legalmente.

Na decisão, em contrariedade a vontade dos herdeiros, o testamento foi mantido válido, pois independente de não cumprir toda a formalidade legal, deve ser respeitada a vontade da pessoa que, estando em pleno exercício de sua capacidade civil, dispôs de seus bens.

Importante frisar o posicionamento do Desembargador Relator Afrânio Vilela quanto a mitigação dos requisitos formais a fim de que seja mantida válida a manifestação de última vontade da pessoa falecida, conforme se observa em trechos de seu voto:

Nesse contexto, é relevante afirmar, seguindo entendimento doutrinário e jurisprudencial, que os requisitos formais de validade devem ser mitigados quando existam nos autos elementos que permitam atestar a veracidade do ato praticado. [...] "In casu", o contexto fático em que a declaração de vontade foi externada autoriza a mitigação quanto aos aspectos formais do testamento, os quais não podem preponderar frente ao real desejo da falecida. [...] É de se ver que a testadora, então com quase 83 anos de idade, sentindo o prenúncio de sua morte, valeu-se do instrumento à sua disposição para dispor do seu patrimônio de forma a resguardar ao sobrinho o direito de continuar morando com a família "para sempre, se ele quiser" na parte do imóvel residencial por ele ocupado.³³³

Destaca-se também, importante posicionamento do Desembargador Raimundo Messias Júnior que, de forma enfática, forma posicionamento quanto a manutenção da validade do testamento, em respeito ao ato de última vontade:

Ora, tal testamento particular, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob a alegação de preterição de formalidade, se não paira dúvida sobre o fato de que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental.³³⁴

³³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0027.04.042692-9/001**. Relator: Des. Afrânio Vilela. Minas Gerais. Julgado em 25/03/2014.

³³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0027.04.042692-9/001**. Relator: Des. Afrânio Vilela. Minas Gerais. Julgado em 25/03/2014.

Há um grande formalismo, até certo ponto burocrático, para a realização de testamento, o que por vezes afasta as pessoas de realizá-lo. Todavia, conforme se verificou, na jurisprudência há o entendimento de que deve sempre, dentro do possível, ser preservado o último ato de vontade do testador, em respeito à sua liberdade e autonomia da vontade, que são garantias constitucionais.

Quanto a essa linha de respeito e manutenção do cumprimento da real vontade do testador, destaca-se o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 4- Em se tratando de sucessão testamentária, o objetivo a ser alcançado é a preservação da manifestação de última vontade do falecido, devendo as formalidades previstas em lei serem examinadas à luz dessa diretriz máxima, sopesando-se, sempre casuisticamente, se a ausência de uma delas é suficiente para comprometer a validade do testamento em confronto com os demais elementos de prova produzidos, sob pena de ser frustrado o real desejo do testador. 5- Conquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permita, sempre excepcionalmente, a relativização de apenas algumas das formalidades exigidas pelo Código Civil e somente em determinadas hipóteses, o critério segundo o qual se estipulam, previamente, quais vícios são sanáveis e quais vícios são insanáveis é nitidamente insuficiente, devendo a questão ser examinada sob diferente prisma, examinando-se se da ausência da formalidade exigida em lei efetivamente resulta alguma dúvida quanto a vontade do testador. [...]³³⁵

O Tribunal muito bem pontua a importância de preservar e efetivar a vontade do testador em sua última manifestação, inclusive, evidenciando que devem as formalidades do ato de testar serem relativizadas ou mitigadas, em prol da manutenção da vontade do testador.

Tal vertente adotada pela doutrina jurisprudencial dominante demonstra o quão fundamental é a garantia e proteção à liberdade e autonomia da vontade de testar, muito além de regramentos que que dificultam a sua validação.

Ainda, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que enaltece o princípio da soberania da vontade do testador:

³³⁵ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.633.254/MG**, da Segunda Seção do Superior tribunal de Justiça, Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 11/03/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602761090&dt_publicacao=18/03/2020>. Acesso em: 09 mar. 2021.

RECURSO ESPECIAL - PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO - TESTAMENTO PÚBLICO - HERDEIRA PRÉ-MORTA - QUOTA-PARTE - CONVERSÃO EM HERANÇA JACENTE - IMPOSSIBILIDADE - INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO - PRINCÍPIO DA SOBERANIA DA VONTADE DO TESTADOR - APLICABILIDADE - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. [...] 1. Na existência de cláusula testamentária duvidosa, que remete a interpretações distintas, deve-se compreendê-la de modo que melhor se harmonize com a vontade manifestada pelo testador, em atenção ao princípio da soberania da vontade desse, insculpido nos artigos 112 e 1.899 do Código Civil. 2. Quanto à aplicação do princípio da soberania da vontade do testador na interpretação dos testamentos pode-se determinar as seguintes premissas : a) naquelas hipóteses em que o texto escrito ensejar várias interpretações, deverá prevalecer a que melhor assegure a observância da vontade do testador; b) na busca pela real vontade do testador, deve ser adotada a solução que confira maior eficácia e utilidade à cláusula escrita; c) para poder aferir a real vontade do testador, torna-se necessário apreciar o conjunto das disposições testamentárias, e não determinada cláusula que, isoladamente, ofereça dúvida; e d) a interpretação buscada deve ser pesquisada no próprio testamento, isto é, a solução deve emergir do próprio texto do instrumento. [...]³³⁶

Mais uma vez, é notória a busca pela garantia da real vontade do testador com a melhor interpretação da manifestação, com a harmonização necessária, tendo como preceito básico o princípio da soberania da vontade do testador.

Especificamente quanto a aplicação do instituto do rompimento do testamento, a jurisprudência atual realiza análise criteriosa, com a ciência de que é um instituto que funciona como uma medida extrema em detrimento da vontade do testador. Nessa linha de pensamento se observa o julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. ROMPIMENTO.POSSIBILIDADE. NULIDADE. EXISTÊNCIA. Na busca da preservação da vontade do testador, o rompimento de um testamento, com a sua conseqüente invalidade geral, é medida extrema que somente é admitida diante da singular revelação de que o testador não tinha conhecimento da existência de descendente sucessível. A prova em sentido contrário - de que o testador sabia da existência do descendente sucessível - mesmo existindo declaração do testador de que não tinha herdeiros necessários, impede a incidência do quanto disposto no art. 1.973 do Código Civil. A nulidade das disposições testamentárias que excedem a parte disponível do patrimônio do testador se circunscreve ao excesso, reduzindo-se as disposições testamentárias ao quanto disponível, nos termos dos arts. 1.967 e 1.968. A avaliação do conteúdo da deixa e seu cotejo com as disposições de ultima vontade do de cujus, para fins de

³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.532.544/RJ**, da Quarta Turma, Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. Julgado em 30/11/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302083706&dt_publicacao=30/11/2016>. Acesso em: 09 mar. 2021.

verificação de possível invasão da legítima, são matérias adstritas ao curso do inventário. [...] ³³⁷

Todavia, conforme se observa, por mais que para que ocorra a incidência do rompimento do testamento tenha uma série de requisitos a cumprir, sendo que os julgadores são detalhistas em suas análises, acabo ocorrendo que, se preenchidos todos os requisitos elencados na lei, será aplicado o instituto e desconsiderado por completo a manifestação de vontade do testador.

Quando o assunto é revisão ou uma mudança de visão quanto a aplicação do direito à legítima, mais difícil ainda de observar questionamentos para que ocorra uma flexibilização em sua aplicação.

Mesmo com as inúmeras transformações e evoluções que veem ocorrendo no direito de família, como é o caso do reconhecimento da união homoafetiva, a equiparação de companheiro ao cônjuge, a multiparentalidade, paternidade socioafetiva e tantas outras novidades, não se cogita uma alteração de interpretação quanto a aplicação da legítima ³³⁸.

A legítima ignora aspectos individuais personalíssimos de cada pessoa e também de cada grupo familiar, tendo em vista que, se apresenta atualmente com facetas cada vez mais variadas pela modernidade que se vive em um mundo globalizado, com novas dinâmicas de relacionamentos ³³⁹.

Importante também destacar que não se justifica mais as limitações ao direito de propriedade decorrente da legítima. A intervenção estatal que ocorre na sucessão testamentária quanto à propriedade privada ocorre com a limitação legal de simplesmente destinar metade do patrimônio do testador da forma que entende conveniente, sendo que não há um cumprimento efetivo da função social da

³³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.615.054/MG**, da Terceira Turma, Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 03/08/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601901688&dt_publicacao=10/08/2017>. Acesso em 09 mar. 2021.

³³⁸ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

³³⁹ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

propriedade.

Nessa linha, observa Francisco Furtado de Oliveira Filho:

Ao analisar mais detalhadamente a intervenção estatal no direito à propriedade privada do testador é difícil achar a função social na restrição legal de metade da herança disponível, a não ser uma ofensa grave ao direito a propriedade. Não está aqui a se questionar a função social da propriedade privada na sua inteireza, mas no caso específico da sucessão testamentária, a proteção a legítima provoca desnaturação de certa gravidade, pois um dos elementos essenciais da condição de proprietário é poder além de gozar, usar e reivindicar é poder dispor de sua propriedade.³⁴⁰

A função social da propriedade deve estar diretamente ligada ao direito que seu proprietário possui de dispor de seus bens e não ocorrer como na sucessão testamentária, em que tal vontade fica sobreposta e sua autonomia da vontade fica quase inutilizada.

Tal afirmação é endossada por Pablo Stolze Gagliano, o qual entende que:

[...]essa restrição do testador também implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.³⁴¹

Além de toda a questão voltada para o direito à propriedade e a autonomia da vontade, cabe destacar outro fator importante nos dias atuais que pode questionar a manutenção da legítima no formato em que se encontra, que é o princípio da afetividade como fundamental e implícito na Constituição Federal, bem como, sua importância nas relações entre pessoas.

Com a evolução das formas de família e a quebra de paradigmas quanto ao seu formato tradicional, também se valorizou as relações ligadas a sentimentos de afeto, felicidade e amor, sendo, essas agora a base das relações familiares e não

³⁴⁰ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

mais o viés econômico e de dependência como ocorria no passado³⁴².

Nessa mesma linha, Rodrigo da Cunha Pereira relata que:

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela 'instituição'.³⁴³

Paulo Roberto lotte Vecchiatti segue a mesma linha e ainda reforça a importância da afetividade que está implícito aos ditames da Constituição Federal com ligação direta a dignidade da pessoa humana:

[...] a evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.³⁴⁴

Muito mais do que apenas no grupo familiar sanguíneo, o afeto é elemento essencial nas relações interpessoais, é o que aproxima as pessoas, formando relacionamentos, o que aproxima a afetividade do Direito, pois é ali que originam as relações jurídicas³⁴⁵.

É justamente nesse ponto que a legítima, no formato em que garantida pela legislação atual, perde força. Pois ela protege os herdeiros conforme um formato tradicional de família, o que nada garante uma relação afetiva vivenciada na realidade.

³⁴² PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021. p. 2.

³⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

³⁴⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 221.

³⁴⁵ PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021. p. 4.

Além disso, como já referido, as relações afetivas ultrapassam os vínculos sanguíneos, sendo que, situações em que a pessoa gostaria de retribuir esse sentimento, como forma de carinho ou gratidão, por algo que tenha ocorrido ou por tudo o que foi construído com pessoas ou determinados grupos, fica limitado de dispor por meio do testamento em decorrência da legítima.

Destaca-se nesse ponto inclusive que, a relação da pessoa pode ser muito mais próxima e forte com pessoas que não possui laço sanguíneo, mas é para estas que tem o vínculo sanguíneo, pelo fato de a lei entender de forma genérica e autoritária, que devem ser destinados seus bens e não para quem de fato o autor gostaria e entende como merecedores de sua gratidão e sentimento.

Sobre esse ponto e a importância da liberdade de testar inclusive para valorizar sentimentos de afeto e gratidão, evidencia-se a história de um austríaco que deixou herança a um vilarejo francês que acolheu e salvou sua família do nazismo durante a Segunda Guerra Mundial³⁴⁶.

Assim como o caso citado, há diversas pessoas milionárias que testam ou doam seu patrimônio para causas sociais, a fim de ajudar quem mais precisa, tendo em vista que, seus herdeiros já são abastados o suficiente, não precisando de mais patrimônio. Todavia, no Brasil, há esta limitação que, independente da necessidade ou não de seus herdeiros, simplesmente pela rigidez e inflexibilidade da lei, que é extremamente genérica, não permite tal fato ou o limita a metade do seu patrimônio³⁴⁷.

É a partir deste ponto que se desconstrói um dos fundamentos mais fortes da legítima, que é a solidariedade familiar e a proteção integral a entidade familiar, que são pressupostos basilares presente na Constituição Federal.

³⁴⁶ NAZISMO: Austríaco deixa herança para vilarejo francês que salvou sua família dos nazistas: Um ex-refugiado austríaco deixou uma herança generosa a um vilarejo francês décadas depois de os moradores acolherem sua família durante a Segunda Guerra Mundial. **BBC NEWS - BRASIL**, [S. l.], 19 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55867431>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³⁴⁷ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

Em que pese à necessidade de proteger a família e os laços familiares de diferentes formas, inclusive na sucessão testamentária por meios financeiros, tal proteção deve ser direcionada a que de fato precisa deste aporte financeiro para dar continuidade a sua vida, sendo que a legítima genérica como se apresenta, não faz essa distinção, mantendo seu caráter neutro sem observância as particularidades de cada caso³⁴⁸.

A legítima deveria adotar e exigir o preenchimento do binômio possibilidade-necessidade para sua aplicação, a fim de que seja prestado de forma correta a obrigação de alimentos por meio da legítima para com seus herdeiros necessários³⁴⁹.

Acerca disso, Francisco Furtado de Oliveira Filho evidencia os equívocos na forma de aplicação e interpretação da legítima:

O legislador ao empreender na tarefa hercúlea e, por seus próprios méritos impossível, de tentar compreender toda a realidade na sua infindável complexidade e compactá-la em um texto normativo, acaba por utilizar uma visão macro e, muitas vezes, o microcosmos da realidade passa despercebido. Essa perspectiva neutra impede de visualizar a situação concreta de cada indivíduo, a sua real necessidade da legítima, uma vez que o fundamento dessa limitação legal ao poder de dispor do patrimônio do testador, é proteger os herdeiros necessários, mas não os enriquecer.³⁵⁰

Toda essa fundamentação, traz à tona uma comparação da legítima com o dever de sustento e o direito a alimentos, pois é ilógico e incoerente que, por exemplo, um filho que já não se deva mais estes direitos citados, tendo em vista que já se sustenta e tem autonomia sobre sua vida, tenha direito absoluto sobre o patrimônio de seus pais em caso de estes falecerem.³⁵¹ Ora, se o direito não existe mais enquanto os pais estão vivos, qual o motivo de existirem e serem necessários

³⁴⁸ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁴⁹ LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

³⁵⁰ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁵¹ OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

após a morte?

Nesse sentido, a legítima deveria ser flexível e analisada quanto a realidade de cada caso, possibilitando que o autor da herança tenha garantido a sua liberdade e autonomia da vontade de testar, mas sem deixar de proteger e assegurar os herdeiros necessários que de fato necessitam deste aporte.

Quanto a isso, muito bem pontua Ana Luiza Maia Nevares:

Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.³⁵²

Diante de todas essas questões abordadas, é importante referir que a sociedade como um grande sistema social abarca e compreende seus subsistemas a partir da comunicação. Dessa forma que se torna possível a evolução social, com a comunicação entre a grande sociedade e seus subsistemas³⁵³.

Com isso, todo o viés jurídico deve ser voltado para uma nova concepção de sociedade, à qual será baseada em postulados capazes de estabelecer observações dos paradoxos existentes na sociedade e também da complexa compreensão da noção dos riscos³⁵⁴.

Um sistema diferenciado como o de Direito deve ser simultaneamente aberto e fechado. Ele é operacionalmente fechado para manter sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar sua diferença construtiva. O elemento principal para isso que existe em uma sociedade é a comunicação, a qual permite que suas operações se repitam, devendo observar a capacidade de fechamento e

³⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?** 12/2014. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protacao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

³⁵³ ROCHA. Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação:** percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 336.

³⁵⁴ ROCHA. Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação:** percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 336.

abertura simultâneas com relação ao sistema/ambiente.

Cabe ressaltar que, o Poder Judiciário é uma organização direcionada para a consecução das decisões que ocorrem no sistema do Direito. Importante referir que, os sistemas adquirem sua identidade a partir a diferenciação com o ambiente e outros sistemas em função das organizações, como é o caso do Poder Judiciário para o Direito³⁵⁵.

Dessa forma, a produção do diferente em cada processo de tomada de decisão, inclusive a partir das interações internas e externas, produz tempo dentro da sociedade, do Direito. Com isso, é a diferenciação que produz o sentido das decisões e não o seu consenso, como fica evidenciado a partir das jurisprudências comentadas³⁵⁶.

As organizações, nesse caso específico o Poder Judiciário, são estruturas burocráticas que são destinadas a tomada de decisões coletivas, partindo de regramentos, programações e códigos do próprio sistema que pertence, aqui o do Direito. Assim, quando ocorre a diferenciação em uma observação do sistema surgem paradoxos relativos à evolução e mudança da sociedade³⁵⁷, como é o caso desta colisão existente entre os direitos constitucionais da liberdade e autonomia da vontade com a proteção a família nos institutos do direito das sucessões.

Com relação a paradoxos do direito, é possível constatar que eles partem da forma como são observadas as acomodações autorreferenciais no interior do sistema. Assim, no sistema Direito, inicialmente será observado e guiado pela norma e decisão. Com as normas o objetivo da decisão será alcançado, sendo que, esses irão seguir as próprias normas no momento que serem textualizados, tornando-se objetos das próprias decisão³⁵⁸.

³⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli N. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves. **Afetividade no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 103.

³⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli N. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves. **Afetividade no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 103.

³⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli N. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves. **Afetividade no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 103-104.

³⁵⁸ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 36.

Tal afirmativa relacionada aos paradoxos do Direito ficam evidentes aos casos práticos elencados nesse estudo por meio das jurisprudências, em que a partir da análise da norma, os julgadores contextualizam a realidade e ao fato de conflito levado ao Poder Judiciário e com isso buscam conceder a melhor resolução para a colisão de interesses e direitos.

Toda essa questão resulta em um círculo de autorreferência, onde as normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis. Assim uma decisão somente será de fato uma decisão se cumprir as expectativas da norma e também apresentando até mesmo um desvio em relação a ela mesma³⁵⁹, como dito acima, que ocorre a partir da contextualização da realidade e do caso concreto.

Mas ressalta-se que, não é porque chegou-se a uma resolução que de fato a colisão de direitos se resolve, e é nesse ponto que os paradoxos do Direito residem, pois no momento em que se tenta reduzir sua complexidade, percebe-se que a mesma se torna ainda mais complexa.

Com isso, é que o décimo segundo camelo da parábola torna-se um modo de operacionalização do paradoxo do Direito. Conforme as palavras de Luhmann:

A exigência do décimo segundo camelo remete-nos e este problema, em que se sugere uma certeza que não é propriamente adquirida. O sistema utiliza camelos sem o possuir. As operações de empréstimo e restituição simbolizam esta ambivalência. O sistema fornece a possibilidade de se orientar pelo camelo como critério fixo de decisão, [muito] embora se reserve igualmente a possibilidade de operar com premissas flutuantes.³⁶⁰

Importante também referir que, é por meio da comunicação que a sociedade se estrutura. Assim, é o próprio Direito que recebe informações da sociedade e as mudanças nela ocorridas, como os novos formatos de família, as relações afetivas, a necessidade de uma maior autonomia e liberdade para a

³⁵⁹ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 36-37.

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 35.

disposição da vontade das pessoas. A partir disso, o ato de comunicar também se transmite ao Poder Judiciário, no sentido de contextualizar e regular da melhor forma esses novos formatos e evoluções sociais da sociedade globalizada.

Com uma postura dessas é possível efetivar as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, podendo e devendo serem redefinidas no próprio interior dos sistemas, partindo de sua operacionalização autopoietica específica, que são desenvolvidas com sua própria comunicação. É essa produção de comunicação que faz com que se compreenda a autopoiese no âmbito da sociedade³⁶¹.

A partir de todo esse contexto, com as mudanças na sociedade, as colisões de direito e os paradoxos que nele existem, Leonel Severo Rocha pontua que o Direito deve estar:

Preparado para reconhecer e identificar todo o conjunto de fenômenos permanentes de autorreferência, paradoxo e contradições que permeiam o sistema jurídico. Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica (a qual apenas demonstra a existência de paradoxos dentro do sistema do Direito) ou por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção, mas sim pela constatação de que os elementos que compõem o sistema do Direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se circularmente, além de vincularem-se uns aos outros também de forma circular.³⁶²

Diante disso, fica evidente que, o Poder Judiciário que, é a organização mais relevante do subsistema do Direito e possui a função basilar de desparadoxização³⁶³, tomando as decisões diante das incertezas e colisões de direitos em meio as mudanças e evolução da sociedade, é peça chave para esse repensar quanto aos institutos do direito sucessório que são limitadores a liberdade e autonomia da vontade das pessoas no momento de dispor de seus bens.

³⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013. p. 337.

³⁶² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43.

³⁶³ ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central da investigação realizada se pautou na análise das limitações legais impostas ao testador frente ao direito constitucional a liberdade e a autonomia da vontade, a partir de um viés sociológico, com os paradoxos do sistema jurídico decorrentes das mudanças sociais com a globalização em uma sociedade policontextual.

Assim, inicialmente abordou-se o surgimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais, do qual o direito a liberdade faz parte como direito de primeira geração. O mesmo apresenta-se como necessário para a contemplação das individualidades da própria pessoa e também como forma de resistência ou oponibilidade ao Estado.

O direito a liberdade também está presente na Constituição Federal e anda em sintonia com a dignidade da pessoa humana, sendo que a liberdade é fundamental para que toda a qualquer pessoa possa alcançar os espaços sociais e materiais que sua individualidade necessita.

Ligada ao direito à liberdade, está a autonomia da vontade da pessoa, o qual é um direito e garantia fundamental da pessoa para que possa se autodeterminar, estabelecendo livremente as normas que irão reger as suas relações privadas.

Após essa análise, passou-se ao estudo do direito sucessório, partindo de seu histórico e evolução ao longo do tempo, bem como, a diferença de entendimento, interpretação e aplicação decorrentes dos costumes, cultura e religião de cada povo.

Especificamente ao direito sucessório presente no ordenamento jurídico brasileiro, destacou-se os dois formatos possíveis de sucessão, a legítima e a testamentária. A sucessão legítima é aquela decorrente da lei, ou seja, a que a lei determina quais herdeiros possuem direito de suceder o falecido. Já a sucessão testamentária é aquela que decorre da disposição de última vontade da pessoa.

A sucessão testamentária tem seus preceitos voltados à liberdade e autonomia da vontade da pessoa, pois é nela, por meio do testamento, que o indivíduo poderá manifestar como deseja serem dispostos os seus bens após a sua morte.

Dentro do direito sucessório existem institutos que geram limitações ao direito de testar, a possibilidade de a pessoa dispor de seus bens em sua integralidade. Como exemplos estão o direito a legítima e o rompimento do testamento.

A legítima é um direito que surgiu como proteção a família, sendo que, na existência de herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), o autor da herança só poderá dispor em testamento da metade de seu patrimônio, tendo em vista que, a outra metade (legítima) é garantia a esses herdeiros.

Já o rompimento do testamento, é um instituto com medidas ainda mais extremas, o qual é materializado nos casos em que a pessoa realiza o testamento não sabendo da existência do herdeiro necessário, após o seu surgimento o testamento perde sua eficácia, tornando-se totalmente ineficaz, sob a presunção de que caso o autor do testamento soubesse da sua existência não teria testado ou diferente faria.

Diante dessas exposições realizadas, pode-se constatar a colisão entre direitos fundamentais, como é o caso da liberdade e autonomia da vontade frente as limitações impostas por institutos do direito sucessório que visam a proteção a família, acima inclusive do próprio direito individual da pessoa de se autodeterminar e dispor de seus bens.

A partir dessa colisão com a evolução da sociedade, as mudanças que nela ocorreram, em especial quanto as composições familiares em um mundo globalizado e policontextual, é que surgiu o questionamento da pesquisa e foram elaboradas duas hipóteses para responderem as questões que a norteia.

O problema apresentado é se a Teoria Sistêmica é apta a lidar com as demandas de uma sociedade policontextual, que conta com irritações complexas

em uma grande e diversificada malha de comunicação que limitam a vontade do testador.

Assim foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A Teoria Sistêmica de Luhmann, a partir das demandas da sociedade policontextual e de irritações externas ao subsistema Direito, é um caminho ou não para garantir uma maior liberdade ao testador em seu ato de testar, frente as limitações impostas pelo direito sucessório.

b) O direito normativo atual conseguiria ou não sanar ou equilibrar o confronto existente entre a liberdade e autonomia da vontade do testador e as disposições do direito sucessório que limitam a liberdade de testar.

Pode-se constatar assim que o resultado da segunda hipótese é negativo, ou seja, o direito normativo não está conseguindo sanar ou equilibrar a colisão existente entre a liberdade e autonomia da vontade do testador e as disposições do direito sucessório que limitam a liberdade de testar. Isso porque, como exemplo da legítima, a mesma mantém-se inalterada desde o seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, com a visão voltada para a proteção a família, mas sem observar as mudanças ocorridas em sociedade.

A legítima é inflexível e genérica no ordenamento brasileiro, não observando as peculiaridades do caso concreto, o que já não comporta para uma sociedade policontextual e globalizada, com uma realidade em termos familiar e de valores muito diferentes de décadas atrás, não tendo ocorrido à evolução do instituto juntamente com as mudanças da sociedade.

Da mesma forma se observa o rompimento do testamento, que permanece aplicável quando preenchido os requisitos constantes na norma, mesmo que o instituto se demonstre totalmente desequilibrado quanto aos preceitos constitucionais, desrespeitando por completo a vontade e a liberdade do testador que foi exposta de forma real e concreta por uma simples presunção de que faria diferente.

Já, a primeira hipótese apresenta-se como positiva, ou seja, a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que tem na comunicação um de seus pilares, apresentou-se como um instrumento extremamente atual a análise social e os paradoxos que essas mudanças acarretam para o sistema jurídico.

Isso porque, a teoria sistêmica entende a sociedade como o grande sistema social que nela estão abarcados diversos subsistemas, como o Direito, a economia, a política, entre outros, que se entre ligam a partir da comunicação, o que vai gerar a evolução social em cada sistema.

No caso em estudo, que foi possível observar a colisão entre direitos fundamentais de liberdade e autonomia da vontade com os institutos do direito sucessório que visam a proteção a família, está inserido no contexto das mudanças que ocorreram na sociedade, a partir da evolução das formas de família, da valorização do afeto e da necessidade de uma maior liberdade e autonomia do indivíduo para com os seus bens.

Como o direito normativo não está conseguindo acompanhar essas mudanças e evoluções da sociedade globalizada e policontextual, a teoria sistêmica a partir da comunicação entre os subsistemas pode ajudar na melhor resolução da colisão de direitos.

Os paradoxos e contradições são inerentes a realidade do direito, sendo que, muitas vezes ao tentar resolve-los os mesmos tornam-se ainda mais complexos. Quanto a isso, Luhmann apresentou a parábola do décimo segundo camelo que nada mais é do que um modo de operacionalização do paradoxo no Direito, onde o sistema fornece a possibilidade de se orientar pelo camelo como critério de decisão, mesmo que igualmente possa se reservar a possibilidade de operar com premissas flutuantes.

Esses paradoxos do sistema Direito não podem ser simplesmente superados por uma postura crítica ou a partir de uma nova distinção, deve sim ser entendido e enfrentado como elementos que fazem parte do seu próprio sistema e irão continuar existindo e vinculando-se de forma circular.

Dessa forma, o Poder Judiciário que é uma das formas da organização do sistema Direito, é responsável pelo enfrentamento desses paradoxos, com a análise e julgamento das incertezas que ocorrem no sistema Direito a partir dos reflexos das mudanças sociais.

Tal fato, se observou nas jurisprudências elencadas no estudo, ao mesmo tempo em que demonstra um respeito a norma jurídica, tende a tentar adequá-lo as necessidades apresentadas pela sociedade atual, como é o caso de garantir a manutenção e validade do testamento, da disposição de vontade do autor da herança, em detrimento da formalidade excessiva que a lei existe, bem como, quanto ao rompimento do testamento que é considerado medida extrema e só é aplicado em casos muito evidenciados quanto aos seus requisitos.

Quanto à legítima, ainda se observam poucos movimentos para uma alteração substancial, todavia, a análise detalhada de cada caso, observando a realidade dos fatos, pode instigar mudanças de entendimento a fim de conseguir dar uma resposta as mudanças nas relações sociais de uma sociedade policontextual.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. Jul/dez. 2016. p.1027 – 1043.

BAGGENSTOSS, Grazielly A. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. 187 p. Florianópolis, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. HABERMAS E LUHMANN: Decisões judiciais devem fazer diferença. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 12 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/decisooes-juridicas-levar-serio-valores-principios-constitucionais?pagina=3>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOSA, Oriana P. de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 28 out. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.532.544/RJ, da Quarta Turma, Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. Julgado em: 30/11/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302083706&dt_publicacao=30/11/2016>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.615.054/MG, da Terceira Turma, Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 03/08/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601901688&dt_publicacao=10/08/2017>. Acesso em 09 mar. 2021.

BRASIL. **Superior tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.633.254/MG, da Segunda Seção do Superior tribunal de Justiça, Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 11/03/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602761090&dt_publicacao=18/03/2020>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0027.04.042692-9/001**. Relator: Des. Afrânio Vilela. Minas Gerais. Julgado em 25/03/2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARMINATE, Raphael Furtado. O Direito à Legítima e a Autonomia Privada do Testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 2, p. 33 e 59, mar./abr. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed., Belo Horizonte: Delrey, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

CHANA, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano IX, n. 42, jun/jul 2007.

CHAU, Ruth Armando. **Direito à Liberdade e à Segurança no Estado de Direito Democrático: Os Limites da Atuação Policial – Uma perspectiva jurídico-constitucional da Polícia da República de Moçambique**. Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais, Curso de Formação de Oficiais de Polícia, do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 97 f. Lisboa, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONCOLATO, Fagner Batalha. **A relação entre a vontade e a liberdade na filosofia Kantiana**. Dissertação ao Programa de Pós-graduação em Filosofia, do Curso de Filosofia, da Universidade Federal de Juiz de Fora. 11 f. Juiz de Fora, MG, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FLOF, Fabio. Direito internacional contemporâneo: elementos para configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. p. 219-235. In: CASELLA, Paulo Borba: et al; (coords.). **Direito internacional, humano e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

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

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexão sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Fábio G. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n.2, Rio de Janeiro, pp.201-234 Mar./Abr. 2006.

GUASQUE, Denise Freitas F. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: justiça, segurança e liberdade**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica para Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 192 f. Lisboa, 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso Elementar**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, artigo publicado em: Habermas, Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012.

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

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 13, n. 1, p. 81-98, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. 29 out. 2019.

Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legtima-e-a-liberdade-de-testar#_ftnref9>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LONGO, Mateus Rigo; OLTRAMARI, Vitor Hugo. O rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias: um confronto necessário para garantia dos princípios constitucionais na busca do equilíbrio existencial. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). **Grandes temas de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 216.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 20[...].

Disponível em: < https://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>.
Acesso em 04 fev. 2021.

MATURANA, Humberto. **La Realidad: ¿objetiva o contruida?** Barcelona: Anthropos, 1995.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano.** Buenos Aires: Lumen, 2003.

MELLO, Marcelo P. de. A perspectiva Sistêmica na Sociologia do Direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 18, n. 1, junho/2006. p. 351-373.

MENIN, Marcia Maria. **Da sucessão legítima.** Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_marcia_maria_menin.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

MESQUITA, Ana Carolina da Costa de. **Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida.** Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. 173 f. Fortaleza, 2019

MIRANDA, Pontes. **Tratado dos Testamentos.** Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello & Cia., 1930.

MIRON, Rafael Brum. O indivíduo como sujeito de Direito Internacional Público. **Revista âmbito jurídico.** 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-9/o-individuo-como-sujeito-de-direito-internacional-publico/>>. Acesso em: 20 jan. 2021. s.d.

MORAIS, Maria Celin Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias (org.). **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-190.

NAZISMO: Austríaco deixa herança para vilarejo francês que salvou sua família dos nazistas: Um ex-refugiado austríaco deixou uma herança generosa a um vilarejo

francês décadas depois de os moradores acolherem sua família durante a Segunda Guerra Mundial. **BBC NEWS - BRASIL**, [S. l.], 19 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55867431>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?** 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro da Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. jun/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72567/os-direitos-fundamentais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 20 jan. 2021.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius. O “Décimo segundo camelo” de Luhmann: entre aporias, interpretações e hermenêutica jurídica. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 53. Brasília. Jul/dez 2017. p. 103-120.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa Causa Testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría**

general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2013.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIOVESAN, Fúlvio M; RECK, Janrie R. Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito. **Revista Justiça Do Direito**, v. 31, n. 1, p. 67-79, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, ano 4, v. 8, p. 161-177, mai-ago. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Júlia Francieli n. O.; OLIVEIRA, Bianca Neves. **Afetividade no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequencia**, v. 1, n. 62, jul./2011, p. 193-222.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea, 2ed., Ijuí: Unijuí, 2013.

RODRIGUES, Darío. Invitación a la sociologia de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

RUBIO, David S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SALES, Pedro A. M; TREVISAN, Marina B. **Revolução Francesa – Marco da História Contemporânea**. Disponível em: < <https://www.uninter.com/cadernosuninter/index.php/intersaberes/article/viewFile/1596/1251>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SANTOS, Daniele Cristina Palma; SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Direitos Fundamentais: Suas Dimensões. **Revista Processus Multidisciplinar**, v. 1, n. 1, p.

01-07, jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Morta. **Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.

SILVA JÚNIOR, Nilson N. da. **O conceito de Estado**. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9>. Acesso em: 28 out. 2019.

SILVA, David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti; VASCONCELLOS, Roberto Prado de; RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. **Planejamento Patrimonial: Família, Sucessão e Impostos**. 1. ed. São Paulo: Editora B18, 2018.

SILVA, Isabel Germano R.; SILVA, Josiane da C. Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável? **Revista VirtuaJus**, v.3, n. 5, p. 255-273, Belo Horizonte, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA NETTO, Ernesto Junior. **A Concorrência do Parceiro na Sucessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012.

SOUZA, Maicon Melito de. A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, n. 1, jul. 2017.

STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine R. O diálogo entre sociedade e direito na era contemporânea: perspectivas através da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: SOBREIRA FILHO, Enoque F; SILVEIRA, Clóvis E. M.; FREITAS, Lorena de M. (Coord.). **Filosofia do direito II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 416-430.

TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

