

# A INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA E OS INTERESSES DOS SUCESSORES: ENTRE LIMITES INTERNOS E EXTERNOS À LIBERDADE DE TESTAR

## THE RESERVED PORTION'S INTANGIBILITY AND THE SUCCESSOR INTERESTS: BETWEEN INTERNAL AND EXTERNAL LIMITS TO THE FREEDOM TO TEST

### Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutora em Direito junto à Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Professora Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6502-2345> E-mail: [rosallice@gmail.com](mailto:rosallice@gmail.com)

### Luciane Sobral

Mestre em Direito junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil. Doutoranda em Direito junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direito Imobiliário Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Membro do Instituto de Direito de Família – IBD FAM. Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB-PR, Subseção São José dos Pinhais, Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil (NUPECONST) e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo Virada de Copérnico). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6863-2053> E-mail: [lucianesobral.adv@gmail.com](mailto:lucianesobral.adv@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo examina a limitação de direitos fundamentais por meio das teorias interna e externa. O objetivo é verificar os limites de um poder quase absoluto: a liberdade de testar. O Recurso Especial nº 1.674.162-MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, é trazido como estudo de caso para compreensão das teorias limitadoras criadas pelo direito constitucional e atualmente aplicadas nas relações privadas. Utiliza-se do método dedutivo, por meio da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, e dentre os resultados alcançados destacam-se: a análise da legítima no direito sucessório brasileiro, a compreensão das teorias interna e externa e a possibilidade de ponderar a autonomia privada do testador e os interesses dos sucessores elegendo uma das teorias.

**Palavras-chave:** Sucessões. Direitos fundamentais. Liberdade de testar. Teoria interna. Teoria externa. Legítima.

**Abstract:** This article examines the limitations to fundamental rights through the internal and external theories. The goal is to check the limits of an almost absolute power: the freedom to test. The Recurso Especial nº 1.674.162-MG, judged by Superior Tribunal de Justiça is a case study to understanding the limitations theories created by constitutional law and currently applied in private relations. It is used the deductive method, through the doctrinal, legislative and jurisprudential analysis and among the results achieved stand out: the analysis of the reserved portion in the Brazilian succession law, the comprehension of the internal and external theories and the possibility of consider the private autonomy of the testator and the successors interests, choosing one of the theories.

**Keywords:** Successions. Fundamental rights. Freedom to test. External theory. Internal theory. Reserved portion.

**Sumário:** Introdução – **1** Dentro ou fora? Enunciando a discussão teórica da limitação ao direito fundamental à liberdade de testar – **2** A intangibilidade da legítima e o direito fundamental à liberdade de testar: limites imanentes? – **3** A limitação externa: delineando as restrições à liberdade de testar em face dos interesses dos sucessores – Conclusão – Referências

## Introdução

A tensão entre a sucessão pública e a sucessão privada revela um jogo de forças entre os reclamos do vínculo familiar e a liberdade econômica. A eleição por uma ou outra forma de sucessão já foi posta em causa por liberais e socialistas. Os primeiros, inspirados em Stuart Mill, influenciaram a consagração de uma liberdade ilimitada de testar, nos países do *common law*, enquanto os segundos depositaram no direito à herança a causa da desigualdade. Ocupando uma terceira via, Jacques Berthilleir proclama uma “reforma humanista do direito de propriedade”, limitando a sucessão hereditária ao patrimônio da casa da família e aos bens móveis.<sup>1</sup> Ambas as linhas sucessórias ingressaram no direito brasileiro, conciliando a liberdade de testar do proprietário com a proteção da família, e optando por uma liberdade limitada de testar.

Não obstante, a crítica segundo a qual, nas sociedades contemporâneas, os laços familiares se afrouxaram, a intangibilidade da legítima goza de ampla aceitabilidade social entre nós. Por legítima entende-se parte da herança “reservada”, por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no art. 1.845, do Código Civil: descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente.<sup>2</sup> Significa dizer que caso a pessoa deseje testar todos os seus bens, só poderá fazê-lo se não possuir descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente.

<sup>1</sup> BERTHILLIER, Jacques. *Pour une reforme humaniste du droit de propriété*. Paris: [s.n.], 1999. p. 47.

<sup>2</sup> O Código Civil não inclui o companheiro sobrevivente no rol de herdeiros necessários. Atualmente, a matéria é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Cf. RE nº 878.694/MG, do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, a política legislativa nacional rende-se à limitação do direito fundamental à liberdade de testar, por meio de regras infraconstitucionais, desenhando um limite imanente, por meio da teoria interna. Esta teoria interpreta tais limitações por meio do modelo de suporte fático restrito, delineando-se como auto-limitação dos direitos fundamentais. Diversamente, posiciona-se a teoria externa, para a qual o ponto de partida é um suporte fático amplo, restando a princípios e regras com os quais colide a definição do conteúdo do direito fundamental. As restrições são, assim, moldadas por elementos que lhe são externos, sob a égide da regra da proporcionalidade.

O embate entre as duas teorias pouco tem ocupado lugar na civilística atual. Mostra-se, contudo, paradoxal, que diante da já proclamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais as teorias internas e externas estejam à margem do direito privado. Portanto, o objetivo deste trabalho é trazer a lume essa discussão teórica, tecida pelo direito constitucional, e indagar por sua aplicabilidade nas relações interprivadas, com vistas a limitar um poder quase absoluto: a liberdade de testar. Chega-se à conclusão de que, como qualquer direito, a liberdade de testar pode sofrer limitações, tanto sob a análise da teoria interna como da teoria externa. Entretanto, esta última representa uma restrição mais contundente, ao ponderar a autonomia privada do testador com os interesses dos herdeiros facultativos. Com efeito, transpõe-se o foco do direito sucessório da vontade do sucedido para a pessoa do sucessor.

Para tanto, o presente trabalho utiliza-se do método dedutivo, partindo do tema mais amplo, que são as teorias acerca da limitação aos direitos fundamentais, para, posteriormente, aplicá-las à liberdade de testar. Utiliza-se ainda, o procedimento de pesquisa bibliográfico, baseando-se, principalmente, nas obras de Virgílio Afonso da Silva, ao delinear as teorias interna e externa de restrições aos direitos fundamentais, e de Ana Luiza Maia Nevares, ao sustentar uma disciplina testamentária que tutele a pessoa do sucessor, atentando-se para os bens que compõem a herança e as qualidades pessoais dos herdeiros. Buscando aproximar-se da técnica de pesquisa do estudo de caso, traz-se a lume o Recurso Especial nº 1.674.162 – MG, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se reconhece implicitamente o limite imanente da liberdade testamentária, e se problematiza um aspecto por ele não revelado: a possibilidade de restrições externas com base em princípios constitucionais.

O trabalho está dividido em três partes: i) a compreensão dos direitos fundamentais e sua limitação por meio das teorias interna e externa; ii) a caracterização da liberdade de testar como direito fundamental e a legítima como seu limite imanente; iii) a aplicação da teoria externa à liberdade de testar, por meio de uma ponderação entre a autonomia privada do testador e os interesses dos herdeiros facultativos.

## 1 Dentro ou fora? Enunciando a discussão teórica da limitação ao direito fundamental à liberdade de testar

A liberdade, em sua acepção clássica, constitui-se em direito fundamental de primeira geração, pois as primeiras concepções formais de direito tinham por objetivo proteger o cidadão do Estado Absolutista, transmutando-se a liberdade em pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais. Eis o sentido de liberdade que se alberga nas Constituições contemporâneas, sob duas perspectivas: uma que autoriza o Estado a impor limites às liberdades individuais para garantia de direitos da coletividade, e outra que garante o indivíduo contra o arbítrio estatal na realização de certos direitos.<sup>3</sup> Entretanto, a liberdade não consiste, nos dias atuais, apenas em uma “liberação da intervenção estatal”, mas em uma tarefa de cuidado e segurança social por parte do Estado.<sup>4</sup>

Nesse contexto, não é possível considerar que os direitos fundamentais são absolutos,<sup>5</sup> mas, relativos. Há a necessidade de lhes impor limites, em especial, à liberdade, já que, se ilimitada, poderia resultar em um exercício desequilibrado que afetaria outros direitos fundamentais. Essas limitações podem resultar da própria Constituição, de forma imanente, ou da colisão com outros direitos. Por outras palavras, os limites podem ser encontrados intrinsecamente na própria norma que garante um direito fundamental, como é o caso do exercício da liberdade de assembleia para reuniões pacíficas e a proibição de associações com fins ilícitos, ou de elementos que lhe sejam externos. Tal oposição é resultado de uma discussão que teve seu início no direito privado, em torno da limitação dos direitos subjetivos. Trata-se da teoria do abuso do direito, que foi objeto de calorosos debates, sobretudo, na França,<sup>6</sup> opondo Planiol e Josserand.

Proclamando a máxima “o direito cessa quando o abuso começa”, Planiol<sup>7</sup> opunha-se à limitação dos direitos subjetivos, delineados pela teoria do abuso do direito. Afirmava o autor que esta não passava de uma “logomaquia”, propiciada

<sup>3</sup> SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, liberdade e justiça*. Curitiba: Íthala, 2017. p. 13.

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127.

<sup>6</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

<sup>7</sup> *Apud* MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25.

pela contradição entre “abuso” e “direito”,<sup>8</sup> pois um ato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Se há exercício deste último, não pode haver qualquer responsabilidade por isso, já que se trata de um ato lícito. No entanto, se o agente ultrapassa o exercício de um direito, verifica-se um excesso, de modo que passa a atuar sem direito. A partir de então, configura-se como ilícito, cuja consequência imediata não pode ser outra, senão, a responsabilidade.

As proposições de Ripert<sup>9</sup> reduziram o abuso do direito a um aspecto moral, restringindo-o à intenção de prejudicar. Deste modo, o ato abusivo deixou de ser um simples problema de responsabilidade civil, para assumir o relevo de uma “moralidade no exercício dos direitos”. Assim, os direitos subjetivos não poderiam ser utilizados para violar a moral, não se caracterizando na ilegitimidade de motivos que o cercam, mas apenas na intenção de prejudicar.

As teorias até então expostas conceberam o ato abusivo como um acidente, que ocorre no momento do exercício de um direito subjetivo, apresentando-se uma verdadeira independência entre ambos. Há nisto uma teoria que não reage sobre o fundamento e sentido daquela prerrogativa individual, mas que se revela como seu limite externo.<sup>10</sup> Em crítica a esta concepção, Josserand<sup>11</sup> concluiu que o jogo de palavras, proclamado por Planiol, decorre da elasticidade do termo “direito”, sendo melhor se falar de “desvio do direito” ao invés de abuso do direito. Ao enunciar “o espírito dos direitos e sua relatividade”, parte da concepção de direito subjetivo proposta por Ihering, como “interesse juridicamente protegido”,<sup>12 13</sup> afirmando que todas as prerrogativas são sociais em sua origem e têm uma missão própria a cumprir com vistas a delinear o “espírito da instituição”.<sup>14</sup> O fim social presente em cada direito coloca até mesmo aqueles direitos de caráter mais “egoísta” a serviço da coletividade, e de tal modo que, no momento em que há o desvio desta função social, ou de seu espírito, ocorre abuso do direito. Delineia-se a teoria finalista, segundo a qual o ato abusivo passa a ser explicado com base no elemento interno do direito subjetivo: seu fim social ou econômico. Erige-se a teoria interna de limitação aos direitos subjetivos, que transitou para o fenômeno de funcionalização dos direitos subjetivos, do qual não destoam os direitos fundamentais. Aliás, a função

<sup>8</sup> Apud MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 28.

<sup>9</sup> RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949. p. 10; 159.

<sup>10</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma repositição crítica. A crise. Coimbra: Almedina, 1967. v. 1. p. 522.

<sup>11</sup> JOSSERAND, Louis. *De l' esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927. p. 313.

<sup>12</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 863.

<sup>13</sup> JOSSERAND, Louis. *De l' esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927. p. 369.

<sup>14</sup> JOSSERAND, Louis. *De l' esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927. p. 370.

social permite delinear os limites imanentes ao direito fundamental à liberdade de testar, entrelaçando direito público e direito privado:

[...] quando se fala na “função social” dos direitos fundamentais, pretende-se, sobretudo, acentuar o abandono da uma “visão unilateral” da liberdade como direito individual. Quer dizer, se o conteúdo do direito resulta hoje determinado pela sua inscrição no “real”, isto é, pela sua função jurídica “ético-social”, então é essa função social que permite determinar os “limites imanentes” dos direitos fundamentais.<sup>15</sup>

A discussão teórica, que ocupou o desenvolvimento dos direitos subjetivos, não permaneceu alheia aos direitos fundamentais. Ela corresponde a um processo de definição dos limites daqueles direitos, recebendo o nome de “teoria interna” e “teoria externa”, respectivamente. A primeira sustenta que o direito e seus limites são algo uno, tal como “limites imanentes”, uma vez que tais limites estariam contidos no próprio direito.<sup>16</sup> Já a segunda aponta que o direito fundamental está destacado de suas restrições, que escapam ao seu conteúdo, e residem em seu exercício no caso concreto. Para aquela, a fixação dos limites de um direito é um processo interno, que não se deixa influenciar por aspectos externos, conferindo-lhe sempre a estrutura de regras.<sup>17</sup> Para esta, colisões, sopesamentos ou ponderações em relação a outros direitos lhe são característicos e têm como principal regra de solução a proporcionalidade.<sup>18</sup>

Para adentrar às características da teoria interna, é necessário abordar alguns conceitos que, uma vez entendidos, facilitam a sua compreensão e conceituação. O primeiro deles é o suporte fático. Trata-se, como o próprio nome sugere, de um fato que dá suporte para algo, como similar à hipótese de incidência no direito tributário e à tipicidade (tipo) no direito penal.<sup>19</sup> Para definir o suporte fático, devem ser feitas as seguintes perguntas: “o que é protegido?”; “contra quem é protegido?”; “qual a consequência jurídica que poderá ocorrer?”; “o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 147-148.

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

<sup>17</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129.

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 138-139.

<sup>19</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. p. 68.

<sup>20</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 71.

O âmbito de proteção e a intervenção estatal são componentes do suporte fático dos direitos fundamentais. “A definição do âmbito de proteção responde à pergunta acerca de que atos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante referido direito”.<sup>21</sup> Já a intervenção estatal diz respeito à ação do estado no âmbito de proteção de uma liberdade, quando se trata de uma dimensão negativa das liberdades públicas. Na esfera dos direitos sociais este conceito é modificado, visto que há omissão estatal ou ação insuficiente.<sup>22</sup>

Para Alexy e Borowski,<sup>23</sup> os elementos do suporte fático são estritamente os indicados acima, quais sejam: âmbito de proteção e intervenção estatal. Virgílio Afonso da Silva vai além; não obstante aceite os dois elementos, estabelecidos por aqueles autores, transita para um modelo alternativo, ao acrescentar um terceiro elemento: a “não fundamentação constitucional”. Para este autor, os dois primeiros elementos não são suficientes para que se configure o suporte fático hábil que permite a consequência jurídica do direito de liberdade; é preciso acrescentar a “não fundamentação constitucional”, pois, se tal fundamento estiver presente, não haverá violação, mas restrição ao direito constitucional, o que impediria a ativação da consequência jurídica. Por conseguinte, a asserção de Alexy e Borowski e acolhida por Virgílio Afonso da Silva, mas, com ressalva de que, quando eles se atêm ao “suporte fático”, restringem-se à composição dual.<sup>24</sup>

Há dois tipos de suporte fático, um amplo e outro restrito.<sup>25</sup> A escolha por um ou outro tem consequência direta no controle das restrições aos direitos fundamentais e influência direta na eficácia das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais.<sup>26</sup> A base lógica para a compreensão da diferença entre um e outro é o preenchimento da cláusula de restrição, ou seja, para a proteção definitiva de um direito fundamental é necessário que o suporte fático esteja preenchido e a cláusula de restrição não; por sua vez, para que não haja proteção definitiva, o suporte fático não pode estar preenchido ou a cláusula de restrição precisa estar.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

<sup>22</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 77.

<sup>23</sup> *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

<sup>24</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

<sup>25</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. p. 69.

<sup>26</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 308. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

Toda teoria que se baseia no suporte fático restrito é caracterizada pela não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam estar incluídas no âmbito de proteção e, deste modo, essas teorias precisam fundamentar o que deve ou não ser incluído no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, além de definir a extensão do conceito de intervenção estatal. Já no modelo do suporte fático amplo, há uma mudança de foco para, ao invés de ater-se à definição do âmbito de proteção e da intervenção estatal, a argumentação passa a ser no momento da fundamentação da intervenção, ou seja, o suporte fático amplo se isenta das tarefas realizadas pelo suporte fático restrito.<sup>28</sup>

A teoria interna liga-se à noção de suporte fático restrito. Para essa teoria, não existe diferença entre o direito fundamental e seus limites, uma vez que os limites dos direitos fundamentais se confundem com o próprio direito. Assim, na perspectiva da teoria interna, quando se conceitua um direito, na verdade já estão se definindo os seus limites.<sup>29</sup>

Friedrich Müller é um dos autores que defende o suporte fático restrito para os direitos fundamentais, por meio de sua teoria denominada “teoria do alcance material”, pela qual entende que nenhum direito fundamental é ilimitadamente garantido.<sup>30</sup> Para referido autor, é preciso delimitar a amplitude fática dos direitos fundamentais; propositadamente utiliza o termo “delimitação” que deriva de limites, mas não menciona o termo “restrição”, pois, em seu entendimento, restrição corresponde a algo externo aos direitos fundamentais, para ele não há necessidade de saber os meios pelos quais um direito fundamental pode ser restringido, mas, sim, verificar a extensão da validade de uma norma. Por isso, defende que a solução pode ser encontrada na própria norma.<sup>31</sup>

Rudolf Smend e Peter Häberle também trabalham com a ideia de suporte fático restrito, sendo que em suas teses retiram do âmbito de proteção o que for abrangido por leis gerais; entretanto, é preciso diferenciar o que Smend denominou “generalidade material” e “generalidade objetiva”, já que a generalidade material, ao verificar se as leis estão na mesma hierarquia com os direitos fundamentais, pressupõe sopesamento ao analisar as prioridades e, por isso, não pode ser configurada como suporte fático restrito; a generalidade objetiva, por sua vez, liga-se

<sup>28</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79-80; 94.

<sup>29</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Teoria interna: disciplina Regulação de Direitos Fundamentais – Mestrado UniBrasil*, 23/10/2019, 4 f. Notas de Aula. Digitado.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 309-310. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>31</sup> Müller *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86-87.



à teoria do suporte fático restrito, pois, para o autor, uma lei é objetivamente geral quando não há restrições legais específicas à liberdade de expressão.<sup>32</sup>

A teoria externa separa o direito em si de suas restrições. Para tanto, considera que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípio, o que lhes garante um amplo suporte fático. São um mandado de otimização *prima facie*, isto é, ilimitado, mas que pode ser restringido por princípios ou regras que lhe sejam colidentes. Isto significa que seu conteúdo somente é definido após sopesamento ou aplicação da regra de proporcionalidade, resultando em uma limitação que ocorre a partir do exterior do direito.<sup>33</sup> Deste modo, há restrições baseadas em regras, que estão presentes na legislação infraconstitucional, proibindo uma conduta que é permitida por meio de um direito fundamental ou que autorizam a ação estatal.<sup>34</sup> E restrições baseadas em princípios, que ocorrem quando o juiz decide no caso concreto qual princípio deverá prevalecer.<sup>35</sup> Não obstante as restrições por princípios ora se apresentem com um sentido formal, elas revelam a premissa da qual parte a teoria externa: os direitos fundamentais têm suporte fático amplo e as restrições que se lhe opõem são produtos de sopesamento com princípios colidentes. Por conseguinte, a teoria externa transita para a aplicação da regra da proporcionalidade.

Na aplicação dessa regra, segue-se uma sequência lógica de princípios, que parte da adequação: ordena que se verifique, no caso concreto, se a restrição operada ao direito fundamental é útil e idônea ao fim que com ela se pretende alcançar. Se for adequada, entra em jogo a necessidade, avaliando se a restrição ao direito fundamental é o meio menos gravoso de alcançar o fim que se pretende no caso concreto. Em última instância, considera-se a proporcionalidade em sentido estrito: traduz a proporção entre a restrição ao direito fundamental e o fim pretendido.<sup>36</sup>

A título de comparação, a diferença entre a teoria interna e a teoria externa se dá na medida em que a teoria externa pressupõe a necessidade de restrição a direitos fundamentais, enquanto a teoria interna se utiliza dos limites imanentes,

<sup>32</sup> Smend e Häberle *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 317. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 139-140.

<sup>34</sup> Neste sentido, é possível exemplificar a Lei nº 9.612/98, que, ao proibir o “proselitismo de qualquer natureza”, restringe a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa; e a Lei nº 4.595/64, que prevê a quebra do sigilo bancário em algumas hipóteses, restringindo o direito à privacidade (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 141).

<sup>35</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 142.

<sup>36</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 212 e ss.

ou seja, implícitos ou explícitos na própria Constituição.<sup>37</sup> Portanto, um suporte fático mais restrito dá base à teoria interna, o qual dispõe sobre a existência de limites aos direitos fundamentais imanentes no próprio direito, por meio de regras. Atente-se, ainda, para a incompatibilidade entre os limites imanentes e o sopesamento, pois a teoria interna, uma vez que se constitui em uma autolimitação, faz com que as colisões deixem de existir.<sup>38</sup>

Considerando que a liberdade de testar é um direito fundamental, indaga-se por sua limitação baseada na teoria interna e na teoria externa. Com base na primeira, seria possível revelar seus limites imanentes, que são revelados pelo intérprete, como adiante se faz com base na intangibilidade da legítima. Com apoio na segunda, torna-se possível indagar por suas restrições, à luz dos interesses dos sucessores, igualmente tutelados por outros direitos fundamentais.

## 2 A intangibilidade da legítima e o direito fundamental à liberdade de testar: limites imanentes?

Liberdade e legalidade conjugam-se na definição do fenômeno sucessório. Sob os contornos da primeira, o princípio da autonomia privada fundamenta a atribuição sucessória; sob os contornos da segunda, o legislador define a atribuição sucessória, mediante a destinação da herança às pessoas com as quais o falecido mantinha laços familiares mais estreitos. Nesta perspectiva, propriedade e família se separam para organizar a sucessão hereditária.<sup>39</sup>

A sucessão hereditária encontra fundamento na família e suas funções, pois durante a vida do sucedido parentes próximos fruíram de seus bens, nutrido a expectativa de que essa fruição não se esgotasse com a morte de seu titular.<sup>40</sup> Trata-se do princípio de solidariedade, que se traduz no campo sucessório, pela acolhida dos herdeiros necessários. Constitui-se em justificativa de cunho moral, que funcionaliza a transmissão dos bens para depois da morte a um patrimônio familiar.

Contemporaneamente, o afrouxamento dos laços familiares, caracterizado pelos filhos que cedo saem da casa paterna, leva Diogo Leite Campos a indagar se os herdeiros necessários ainda seriam dignos de tal tutela. Eis que, “na medida em que o afrouxamento dos laços familiares contribui para um processo de perda

<sup>37</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

<sup>38</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 165.

<sup>39</sup> TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les successions. Les libéralités*. Paris: Dalloz, 1983. p. 4.

<sup>40</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.]. p. 466.

do significado de um patrimônio familiar, gera-se uma maior autonomia patrimonial, de fato entre os parentes mais próximos, diminuindo as razões de uma expectativa hereditária”.<sup>41</sup>

Isso leva para o acolhimento de uma liberdade plena de testar pelo titular dos bens,<sup>42</sup> passando-se à propriedade e à liberdade de sua transmissão como justificativas da sucessão hereditária. Depositar no dado econômico o fundamento da herança equivale a retratá-la como condição de exploração econômica dos bens, vinculando-o ao “individualismo proprietário”.<sup>43</sup> É da essência da propriedade que ela seja transmitida aos seus herdeiros, conferindo-se à herança o caráter de perpetuidade e de relegar a sucessão à vontade do *de cuius*. Conforme afirmam Terré e Lequette, “a propriedade precede à herança”, mas é conveniente considerá-la como seu fundamento?<sup>44</sup>

Em sistemas individualistas, a devolução voluntária prevalece. Mas, se imperam considerações morais e de ordem familiar, a sucessão legal tem primazia. Ainda que se dê primazia à sucessão voluntária, há devolução legal, que exerce papel subsidiário naqueles casos em que alguém faleça sem deixar testamento ou este seja inválido ou parcial. No entanto, resta à vontade do *de cuius* um quadro mais limitado para seu desenvolvimento.<sup>45</sup>

A conjugação do dado familiar com o dado econômico tece o direito sucessório brasileiro. Isto é traduzido pelo princípio da intangibilidade da legítima, ao conciliar a liberdade de propriedade com a proteção da família. A liberdade de testar decorre da garantia da propriedade como direito fundamental, previsto no art. 5º, XXII, e da concretização da livre iniciativa no direito sucessório, acolhida pelo art. 1º, IV, da Constituição da República. Não obstante encontre amparo constitucional, a liberdade de testar é limitada. Ao se garantir à família metade dos bens do *de cuius*, o Estado concretiza a proteção especial à família, prevista no art. 226, da Constituição da República. Eis que a família não fica desamparada com a morte do sucedido, em favor da solidariedade familiar, que não se traduz em mero dever de caráter moral, mas em um dever que decorre da alteridade.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.]. p. 467.

<sup>42</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.]. p. 467.

<sup>43</sup> “O modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema. Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva e instituto jurídico, compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico-formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente” (CORTIANO JR., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85).

<sup>44</sup> TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*. Les successions. Les libéralités. Paris: Dalloz, 1983. p. 4.

<sup>45</sup> TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*. Les successions. Les libéralités. Paris: Dalloz, 1983. p. 5.

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

A fundamentação, acima exposta, impõe uma constatação: a família e a propriedade passam por um processo de funcionalização e socialização, ao qual o direito das sucessões permanece alheio.<sup>47</sup> Trata-se de uma incoerência que já foi sublinhada por Michel Grimaldi, ao ponderar que o legislador deve se dar conta do risco de incoerência entre as reformas da família, no plano pessoal, sem retirar delas as consequências patrimoniais. Eis que a contrariedade entre uma regra pessoal e outra, patrimonial, poderia revelar a não efetividade desta ou daquela.<sup>48</sup>

A resposta para essa questão pode ser localizada no princípio da unidade da sucessão e a consequente neutralidade conferida ao direito sucessório.<sup>49</sup> Historicamente, conferia-se ao testamento um papel diverso ao desempenhado na atualidade. Eduardo de Oliveira Leite<sup>50</sup> e Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>51</sup> demonstram que no direito precodificado a utilização do testamento era preponderante, deixando-se à sucessão legítima um papel subsidiário. Não era um instrumento manejado apenas pelas elites, pois pessoas menos favorecidas e a população negra dele se utilizavam para aquinhoar pessoas da família, para dispor quanto aos cuidados com o funeral. O testamento não se restringia a questões patrimoniais, sendo utilizado como instrumento de favorecimento da comunidade familiar e da condição feminina.<sup>52</sup> Contudo, as codificações modernas elevaram o testamento a um instrumento da vontade individual burguesa, e submeteram a pluralidade sucessória do Antigo Regime à unidade de sucessão, restando a herança como uma universalidade de direito.<sup>53</sup> Deste modo, o direito sucessório foi regulado sob perspectiva exclusivamente patrimonial, como instrumento de conservação e transmissão da riqueza, sem importar a pessoa do sucessor ou a qualidade dos bens transmitidos.<sup>54</sup>

Neste contexto, o testamento mostra-se intangível à funcionalização da autonomia privada e da qual ele é um instrumento, de tal modo, a suscitar um poder quase absoluto do testador, como atesta Maria Berenice Dias:

<sup>47</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55.

<sup>48</sup> GRIMALDI, Michel. *Droit civil*. Successions. 2. ed. Paris: Litec, 1992. p. 5 e ss.

<sup>49</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55.

<sup>50</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI. p. 300.

<sup>51</sup> LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *GEN Jurídico*, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>52</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI. p. 300.

<sup>53</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 56-58.

<sup>54</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55.

Na sucessão testamentária, o poder discricionário do titular é quase absoluto. Ao fim e ao cabo, como é ato de liberalidade, o testador pode quase tudo. [...] O titular do patrimônio brinda quem quiser, podendo condicionar o recebimento de direito da forma como lhe aprouver. Ao contrário do que acontece com a herança, cuja transmissão é sempre imediata, na sucessão testamentária tem o testador a liberdade de subordinar o recebimento da herança a termos, condições e encargos, tal qual os impostos aos negócios jurídicos [...].<sup>55</sup>

Não se examina a tensão “entre a liberdade do testador e a solidariedade”,<sup>56</sup> restando intacta a concepção clássica de autonomia da vontade, como uma vontade livre tendencialmente ilimitada. Ocorre que este elemento de cunho psicológico não está totalmente ausente na sucessão legítima, uma vez que configura como seu fundamento, ao se afirmar que a ordem de vocação hereditária seria baseada na vontade presumida do testador. Tal justificativa encerraria o fenômeno sucessório em um voluntarismo jurídico que se conduz à vontade do testador, quer real ou presumida, o destino de seus bens.<sup>57</sup>

Não obstante, a definição clássica de testamento guarda certa limitação da liberdade de seu titular, uma vez que se realiza nos “limites da lei”: “Testamento é o negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos”.<sup>58</sup>

Com efeito, a liberdade de testar possui limites imanentes no Código Civil, visto que há expressamente menção à legítima, isto é, parte do patrimônio protegido e resguardado aos herdeiros necessários<sup>59</sup> que são os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente,<sup>60</sup> ao dispor em seu art. 1.789 que, “Havendo

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 337.

<sup>56</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 51.

<sup>57</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.]. p. 470.

<sup>58</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... Atualização de Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI. p. 122.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 336.

<sup>60</sup> Apesar do questionamento em Embargos de Declaração no RE nº 878.694/MG sobre a inclusão do companheiro ao rol de herdeiros necessários, pois a decisão declarou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, foram estes rejeitados pelo STF em virtude de não serem objeto da tese de repercussão geral. Portanto, a decisão pela equiparação dos direitos do companheiro ao cônjuge nos termos do art. 1829 do Código Civil não significa sua inclusão no rol de herdeiros necessários (art. 1845 do Código Civil). Sobre o tema, vide: SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. De acordo com este artigo, a liberdade de testar é limitada pela reserva da legítima; na falta de herdeiros necessários, a liberdade de testar será plena. O argumento que sustenta tal limitação baseia-se na garantia, aos parentes mais próximos ao autor da herança, de uma proteção patrimonial. Nestes termos, o dado familiar prevalece sobre o dado econômico na disciplina jurídica da sucessão hereditária.<sup>61</sup> Eis que a concepção de família como “comunidade de afeto e entre-ajuda”<sup>62</sup> ganha repercussão no direito sucessório, atentando-se para as qualidades pessoais dos sucessores. Por outras palavras, protege-se a pessoa em razão de sua posição na família, delimitando a devolução sucessória à luz da solidariedade familiar.

Não obstante a legítima não figure expressamente no texto constitucional, proclama-se que seus pilares nele estão inseridos, dentre os quais: o direito à herança (art. 5º, XXX, CR), a livre-iniciativa (art. 1º, IV, CR), o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CR), a proteção à família (art. 226, CR) e a solidariedade (art. 3º, I, CR).<sup>63</sup> Ao ser previsto o direito à herança como um direito fundamental, a sucessão legítima passou a prevalecer em relação à liberdade de testar, já que há normas legais que limitam a liberdade de testar e que são impostas ao testador, vale dizer, não são dispositivas. Essa mudança de perspectiva rompe com a recondução do fenômeno sucessório à vontade do testador, passando a assegurar os valores sociais da família e o princípio da solidariedade familiar, em detrimento da autonomia individual que se colocaria em prejuízo dos componentes da família.

Dentre as críticas que se desenham à legítima, Ioanna Kondily tece dois argumentos: (i) a existência de outras técnicas de proteção da família, e (ii) a longevidade da pessoa humana nas sociedades contemporâneas. Em relação ao primeiro, o sistema de seguro social protege os indivíduos de eventos imprevisíveis como doenças e invalidez, os quais ainda podem ser minimizados pelos seguros

<sup>61</sup> Giselda Hironaka explica que a proteção à legítima teve origem na Antiguidade, em especial nas sociedades grega e romana. Nessas sociedades, o direito do filho ao patrimônio dos pais surgia no seu nascimento e não na morte dos pais; assim, não havia possibilidade de o pai dispor do patrimônio a partir do nascimento do filho, este só não receberia a herança apenas em caso de deserção. A deserção, por sua vez, era ato de liberalidade do pai e, caso este decidisse por deserdar o filho, passava a ampliar sua liberdade de testar. Somente a partir do direito romano do império é que passou a ser necessária a reserva da herança para sustento dos familiares com a fixação de regras e motivos específicos para possibilitar a declaração de deserção do filho, tendo deixado de ser mera liberalidade do pai (HIRONAKA, Giselda. Os herdeiros legítimos no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 492).

<sup>62</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 11.

<sup>63</sup> BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 345.

privados. Em relação ao segundo, o aumento da expectativa de vida das populações aumentou, tardando o momento em que a pessoa herda para cinquenta ou sessenta anos.<sup>64</sup> Aponta-se para uma ineficácia da legítima nas famílias atuais, posição que é acolhida por Ana Luiza Maia Naves, ao ponderar que a herança deixa de ser um mecanismo obrigatório de proteção da família.<sup>65</sup>

Além disso, a proteção à família é dever do Estado, que deve se preocupar não apenas com a instituição “família”, mas também com cada um de seus membros. Ocorre que, para o direito sucessório não há possibilidade de adequação das regras para a especificidade de cada herdeiro, de modo que a proteção da família contida na legislação sucessória nem sempre está de acordo com a proteção da família em relação a cada um de seus membros.<sup>66</sup> Esta proteção, para o direito sucessório, é feita por meio da imposição de limites ao direito de propriedade, tolhendo a faculdade de dispor das coisas, limitando-se a liberdade de testar e doar.<sup>67</sup>

O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de discordar da atual figura da legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Flávio Tartuce, Rolf Madaleno e Giselda Hironaka, além dos autores anteriormente mencionados, proclamam a necessidade de revisão da proteção e vedação trazidas ao direito sucessório por meio da legítima. O posicionamento de Giselda Hironaka é pela desnecessidade da existência da legítima ou, ao menos, da sua redução pela metade, ou seja, para 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio do falecido, considerando o mínimo existencial e a fim de evitar “estimular o ócio exagerado por parte dos herdeiros necessários”. Destaca a necessidade de uma análise cautelosa com relação ao grupo de herdeiros vulneráveis (incapazes, com deficiência e ou idosos), pois para estes impõe-se a manutenção da legítima.<sup>68</sup> Em um país no qual a legítima goza de ampla aceitabilidade social, tais argumentos suscitam um repensar da intangibilidade sucessória, notadamente, em face da reduzida temporalidade das relações afetivas, o que leva a crer que o patrimônio nem sempre permanecerá na mesma família.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 47 e ss.

<sup>65</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 280.

<sup>66</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 280-281.

<sup>67</sup> CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. A liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, Cascavel, n. 4, p. 41-74, 2015. p. 51.

<sup>68</sup> HIRONAKA, Giselda. Os herdeiros legítimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 499-500.

<sup>69</sup> BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 346-347.

Verifica-se, portanto, que há limites imanentes na própria norma, de modo que é possível conjugar a interpretação das normas do direito sucessório com teoria interna da limitação aos direitos fundamentais. Eis que, por vezes, confia-se ao legislador infraconstitucional a tarefa de limitar os direitos fundamentais ou autorizar os poderes Executivo e Judiciário a fazê-lo.<sup>70</sup> Ao delimitar o suporte fático presente quando se trata da liberdade de testar, percebe-se a existência de vários direitos que se vinculam entre si: o direito à liberdade, o direito de propriedade e o direito à herança. Verifica-se que, ao limitar a liberdade e a disposição do patrimônio para se garantir o direito à herança, tem-se um suporte fático restrito, o que caracteriza a aplicação da teoria interna, uma vez que os limites impostos se confundem com o próprio direito, isto é, sabe-se que o direito de testar a integralidade de bens é garantido, desde que não haja herdeiros necessários; havendo tais herdeiros, a liberdade de disposição é limitada à metade dos bens do testador.

### **3 A limitação externa: delineando as restrições à liberdade de testar em face dos interesses dos sucessores**

A transposição das reflexões anteriormente delineadas à seara jurisprudencial permite um exame do Recurso Especial nº 1.674.162-MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de um testamento, no ano de 2005, realizado por uma senhora que não tinha herdeiros necessários, o que a levou a dispor da totalidade de seu patrimônio em favor de seus dez sobrinhos, cabendo a cada um a parte ideal de um décimo de seus bens. O ato praticado pela testadora é fruto do exercício da liberdade de testar, uma vez que, com base no art. 1.850 do Código Civil,<sup>71</sup> afastou da sucessão os herdeiros colaterais, por meio da realização de testamento, dispondo da integralidade de seus bens, sem contemplar os irmãos.

Ocorre que, no ano de 2006, um de seus sobrinhos faleceu e não houve alteração do testamento. Em 2013, a testadora faleceu e seu irmão demandou judicialmente os herdeiros testamentários, alegando que, em razão de seu parentesco (colateral) com a falecida e por ser seu único irmão vivo, ele deveria receber de modo integral a parte destinada ao sobrinho falecido, ou seja, um décimo do patrimônio da autora da herança. Este é o cerne do julgado, passando a se discutir sobre a disposição da quota-parte testada ao sobrinho que, no momento de abertura da sucessão, era pré-morto.

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63-64.

<sup>71</sup> "Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar".



A demanda proposta ao Superior Tribunal de Justiça, por um lado, permite delinear um fundamento implicitamente acolhido: os limites imanentes da liberdade de testar, apoiados na intangibilidade da legítima, prevista em sede infraconstitucional. Por outro, permite questionar um dado não revelado: se “os sucessores que serão chamados à herança por força da ordem de vocação hereditária podem insurgir-se contra as disposições constantes do testamento, quando estas não atendem aos [seus] legítimos interesses [...]”.<sup>72</sup>

Os fundamentos de mérito que baseiam a decisão em Primeira Instância, proferida pela 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba/MG, no caso acima mencionado, giraram em torno dos conceitos e características do direito de crescer e do direito de representação. O primeiro está previsto no art. 1.941, do Código Civil:

Art. 1.941. Quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito do substituto.

Considerando que tal dispositivo do Código Civil representa uma limitação imaneente ao direito de crescer e, por consequência, à liberdade de testar, pois só há o direito de crescer quando não houver disposição determinada quanto aos quinhões que serão recebidos por cada herdeiro testamentário, é possível interpretá-lo segundo a teoria interna. No mesmo sentido, Pontes de Miranda<sup>73</sup> menciona que não se pode confundir o direito de crescer com o direito de substituição, pois a substituição está presente quando o testador menciona “deixo um quinto da herança a B, C e D, sendo substituto E”, enquanto o direito de crescer prescinde da inexistência de determinação de quota parte e da inexistência de substituição. Utilizando-se o exemplo mencionado pelo autor, pode-se explicar o direito de crescer exclusivamente entre os herdeiros testamentários, com disposição em testamento, da seguinte forma: “deixo a B, C e D”, simplesmente, sem delimitar quinhões a cada um deles, porque aí sim se teria o direito de crescer e os bens seriam partilhados tão somente pelos herdeiros testamentários.

No caso em tela, verifica-se que houve o exercício da autonomia privada da autora da herança que destinou a integralidade de seus bens aos sobrinhos,

<sup>72</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 203.

<sup>73</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral... Atualização de Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVIII. p. 157.

excluindo por testamento seus irmãos. Ocorre que essa disposição testamentária previa quinhões determinados em um décimo para cada sobrinho e, com o falecimento de um dos herdeiros testamentários e a ausência de indicação de substituto pela testadora, a quota-parte do herdeiro pré-morto passou a objeto de sucessão legítima, tal como previsto pelo Código Civil:

Art. 1.906. Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a demanda:

No caso dos autos, há um testamento *com destinação de quinhão certo a cada um dos herdeiros testamentários, restando evidenciada a intenção da testadora em fixar o legado de forma igualitária*. Logo, quando um desses herdeiros instituídos falece antes da abertura da sucessão, sem deixar herdeiros necessários, *sem indicação de um substituto pela testadora*, a sua quota-parte retorna ao monte partilhável e deve ser incluída na legítima e distribuída segundo a preferência estabelecida na ordem da sucessão hereditária (art. 1.829 do Código Civil), consoante a lógica dos artigos 1.906, 1941 e 1.944 do Código Civil.<sup>74</sup>

Percebe-se, portanto, que os limites contidos na lei civil podem ser analisados com base na teoria interna porque se confundem com o próprio direito. Além disso, verifica-se a importância do formalismo que o Código Civil concede à elaboração do testamento, pois a forma da disposição de última vontade implica consequências diferentes, como se verificou no caso acima. Se a testadora tivesse escrito “deixo todos os bens aos meus dez sobrinhos, os quais devem receber a herança de forma igualitária”, ou ainda mantivesse a quota-parte de um décimo para cada sobrinho, mas nomeasse um substituto, caso um ou mais deles não pudessem ou não quisessem receber a herança, a quota-parte do sobrinho pré-morto não retornaria à sucessão hereditária, o que retiraria de seu irmão qualquer direito à parte excedente.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.674.162-MG*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num\\_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 12 fev. 2019.

Pela ausência de ressalvas e pela não observação correta da formalidade no testamento, o quinhão destinado ao sobrinho pré-morto da autora da herança retornou ao monte partilhável, a fim de respeitar a ordem de vocação hereditária. Ao retornar, verifica-se que há um colateral (irmão da autora da herança) vivo e filhos dos outros irmãos já falecidos, que são os próprios sobrinhos a quem a testadora havia instituído seus herdeiros testamentários. Tal raciocínio harmoniza-se com a interpretação propiciada pela teoria interna, ao se analisar o dispositivo legal sobre a herança destinada aos colaterais. Eis que o Código Civil assim dispõe:

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos. [...]

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios. [...]

Art. 1.853. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.

Art. 1.854. Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.

Com base nestes dispositivos, restou decidido que o irmão da autora da herança teria direito à parte do quinhão destinado ao sobrinho pré-morto da falecida. Mas que ele não seria o único herdeiro pela ordem de vocação hereditária, concorrendo com os filhos de seus irmãos já falecidos, sobrinhos da autora da herança e seus sobrinhos, nomeados em testamento, conforme se verifica do trecho do voto:

Os sobrinhos, representantes dos pais pré-mortos (irmãos da falecida), herdarão na sucessão ao lado do tio vivo (art. 1.853 do CC/2002) por estirpe, recebendo a cota que se devolveria, por inteiro, aos irmãos da autora da herança se vivos fossem (art. 1.854 do CC/2002). É dizer, o irmão vivo, ora recorrente, sucede por direito próprio (por cabeça), enquanto os sobrinhos sucedem por representação (por estirpe).<sup>75</sup>

O recurso especial, cujo objeto era a reforma do acórdão de Segundo Grau para declarar o direito à exclusividade do quinhão remanescente (primeiramente

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.674.162-MG*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num\\_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 12 fev. 2019.

destinado ao sobrinho pré-morto) ao irmão da falecida, foi conhecido em parte, mas teve seu provimento negado. Ficou estabelecido que o quinhão referente ao herdeiro testamentário pré-morto deveria ser partilhado entre os herdeiros legítimos (colateral e representantes dos outros irmãos pré-mortos). Os sobrinhos que herdaram por representação ao direito de seus pais acumularam os papéis de herdeiros testamentários e herdeiros legítimos, por estirpe ou representação.

Entretanto, uma questão não foi considerada pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso em questão. Em conformidade com uma ausência de limites imanescentes à liberdade sucessória qualitativa no Código Civil, mas tão somente quantitativa, não se indagou acerca da destinação dos bens pelo proprietário falecido, tendo em vista os interesses dos sucessores.

Na tentativa de responder à questão, encontra-se o magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo,<sup>76</sup> para quem a aplicação dos princípios e regras do direito sucessório deve privilegiar o direito do herdeiro e não presumir a vontade do autor da herança. Por outras palavras, a vontade do testador deve ser considerada desde que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e não contrarie os princípios constitucionais, em especial o da função do testamento. Afirma, ainda, que a liberdade de testar é limitada à parte disponível quando da existência de herdeiros necessários, mas que a autonomia é mais ampla quando inexistem herdeiros necessários, o que possibilita ao testador dispor livremente de todos os seus bens, podendo beneficiar os demais herdeiros ou terceiros.

É condizente com esse raciocínio o art. 1.857, §1º, do Código Civil, ao estabelecer que a legítima dos herdeiros necessários está protegida de disposições testamentárias que a diminuam em quantidade e substância. Mas, quando se tratar de herdeiro facultativo, como no caso do irmão da autora da herança, no Recurso Especial nº 1.674.162-MG, do Superior Tribunal de Justiça?

Tal questão pode ser desenvolvida com amparo na teoria externa de limitação dos direitos fundamentais. Com base na regra da proporcionalidade, Ana Luiz Maia Nevares realiza uma ponderação entre a autonomia privada do testador e o interesse dos herdeiros facultativos. Considerando a necessidade como a condição material indispensável a uma vida digna e o princípio da função social da propriedade, com base no qual se analisa o vínculo entre a pessoa e o bem, configuram-se os critérios para a limitação do exercício da liberdade testamentária.<sup>77</sup> Justifica a autora:

<sup>76</sup> LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *GEN Jurídico*, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>77</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 208-210.

[...] na ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para a concretização de sua dignidade, a tendência é prevalecer a solidariedade e não a liberdade, já que será a solidariedade, realizada pela restrição da autonomia privada do testador, que garantirá na maioria dos casos a dignidade da pessoa humana [...].<sup>78</sup>

De acordo com essa ideia, se o herdeiro facultativo utilizava o bem para moradia ou como local ou instrumento de trabalho, situação esta possibilitada pelo autor da herança ainda em vida, há uma expectativa de recebimento do bem, por ocasião da abertura da sucessão. Sem importar o título a que se exercia este vínculo, se o bem for ser essencial à conservação da dignidade do sucessor, impõe-se uma restrição à autonomia privada do testador. Mas, se o herdeiro facultativo não utilizava o bem, há mera expectativa de herança que não coincide com a expectativa de recebimento do bem, prevalecendo a liberdade de testar.

Verifica-se que o direito do herdeiro autor do recurso especial foi garantido, nos limites imanentes previstos em sede de legislação infraconstitucional, mesmo contrariamente à vontade da testadora que havia retirado o irmão da sucessão ao dispor da totalidade dos bens aos sobrinhos. Eis que “O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador, que não pode restringi-lo, salvo nos limites admitidos pela lei”.<sup>79</sup>

A vontade da testadora não foi garantida em sua integralidade, entretanto foi levada em consideração dentro das limitações previstas por lei. Caso na redação do testamento tivesse sido incluído substituto ou não houvesse menção expressa de quotas específicas para cada herdeiro, sua vontade estaria resguardada por completo e impossibilitaria qualquer restrição à liberdade de testar.

Solução diversa poderia ter sido alcançada à luz da teoria externa, ao se ponderar o interesse do herdeiro facultativo com a disposição testamentária, em se verificando que houvesse algum bem essencial à conservação da dignidade do irmão da falecida. Entretanto, tal fato não foi cogitado. De qualquer maneira, a “[...] ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores

<sup>78</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *GEN Jurídico*, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para concretização de sua dignidade [...]” demonstra a prevalência do princípio da solidariedade sobre a autonomia privada do testador.<sup>80</sup>

Outrossim, a ponderação de interesses, acima evidenciada, revela que não há uma liberdade testamentária qualitativa absoluta em face das qualidades pessoais do sucessor.<sup>81</sup> Com fundamento na teoria externa, é possível dar um passo à frente na composição das restrições ao direito fundamental à liberdade de testar. Não se trata tão somente de proteger abstratamente a família, como se depreende da intangibilidade da legítima, mas de proteger a pessoa e a relação de essencialidade que ela estabelece com os bens. Eis que se rompe com a intangibilidade última da sucessão hereditária – o direito de propriedade – deslocando seu foco do sucedido para a pessoa do sucessor.

## Conclusão

A liberdade de testar pode ser entendida como um direito fundamental, em razão da previsão expressa que lhe contempla o rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, da Constituição da República, congregando o direito à liberdade, à propriedade, à vida privada e à herança. Verifica-se que a liberdade de testar é um direito que agrupa esses vários direitos fundamentais, submetendo-se a limites imanentes e restrições externas.

É aplicável à liberdade de testar tanto a teoria interna como a teoria externa dos direitos fundamentais. Enquanto aquela concebe o direito fundamental e suas limitações como algo uno, de tal modo que não passa de uma autolimitação, esta separa o direito de suas restrições. Enquanto a primeira se baseia em um suporte fático mais restrito, encontrando na Constituição e na legislação infraconstitucional os limites imanentes, a segunda tem um suporte fático amplo, operando restrições externas, por meio do sopesamento e da proporcionalidade entre princípios e regras. Considerando-se que tais teorias são pouco conhecidas no direito civil, buscou-se revelar sua aplicação nas relações sucessórias.

As codificações modernas afirmaram uma liberdade de testar quase absoluta, em razão do princípio da unidade de sucessão, que conferiu um caráter abstrato à transmissão sucessória, não importando a pessoa do sucessor, mas tão somente a vontade do sucedido. Este panorama permanece na civilística atual,

<sup>80</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

<sup>81</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 215.

uma vez que se percebe uma neutralidade do direito das sucessões às transformações que ocorreram na família e na propriedade, sendo pouco alcançado pelo movimento de funcionalização dos direitos subjetivos.

A intangibilidade da legítima apresenta-se como limite imanente à liberdade de testar, nos termos da teoria interna, pois há regras que limitam a liberdade de testar com relação ao *quantum* do patrimônio disponível, nos termos da lei e da situação fática. Com efeito, se o testador não possuir herdeiros necessários, poderá dispor da integralidade do seu patrimônio, demonstrando a prevalência da proteção familiar sobre a defesa do direito de propriedade, na justificativa do direito sucessório. Para tanto, acolhe-se a solidariedade familiar, não como um dever moral, mas como um dever de alteridade. Em que pese referido instituto ser fortemente criticado pelos doutrinadores do direito sucessório, entendendo que a legítima deveria deixar de existir ou, ao menos, ter seu percentual reduzido, suas regras permanecem vigentes até o momento.

A solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.674.162-MG liga-se à aplicação da teoria interna, pois indica (i) a existência de limites imanentes aos direitos fundamentais mencionados e (ii) a impossibilidade de se utilizar de sopesamentos entre referidos direitos, tendo em vista que sua análise se dá no modo da interpretação de regras. Acredita-se que, no caso concreto analisado, a autora da herança não desejava que seus irmãos pudessem dispor de seu patrimônio, de modo que testou integralmente a herança a seus dez sobrinhos. Entretanto, ainda que o testador possua a liberdade de testar integral de seu patrimônio, verifica-se a existência de regras que limitam sua vontade e, que muitas vezes, se inobservadas no momento da lavratura do testamento, podem trazer consequências diversas dos seus interesses.

No entanto, um aspecto, não considerado pela alta corte, permitiria solucionar o embate à luz da teoria externa, remetendo a questão para uma ponderação entre a autonomia privada do testador e os interesses dos sucessores facultativos. Para tanto, o critério da necessidade e a função social da propriedade levam a considerar a essencialidade dos bens para os herdeiros. Caso estes já tivessem vinculação com os bens sucessíveis, de tal modo, a se mostrarem indispensáveis à sua moradia, como local ou instrumento de trabalho, há uma expectativa de herança que coincide com uma expectativa de legado, restringindo a liberdade testamentária. Deste modo, a teoria externa permite uma restrição ainda mais contundente à autodeterminação patrimonial do *de cuius*, em favor do princípio da solidariedade. E ainda traz consigo o mérito de deslocar o foco da sucessão hereditária do sucedido para o sucessor, ultrapassando-se a abstrata proteção da família para restringir o próprio direito de propriedade.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BERTHILLIER, Jacques. *Pour une réforme humaniste du droit de propriété*. Paris: [s.n.], 1999.
- BRASIL. *Código Civil 2002*. Lei 10.406/2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 12 fev. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.674.162-MG*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num\\_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88108273&num_registro=201701216511&data=20181026&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 12 fev. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 878694-MG*. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>. Acesso em: 1º mar. 2019.
- BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*. Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 337-353.
- CAMPOS, Diogo Leite. *Família e sucessão*. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.].
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. A crise*. Coimbra: Almedina, 1967. v. 1.
- CORTIANO JR., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. A liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, Cascavel, n. 4, p. 41-74, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GRIMALDI, Michel. *Droit civil*. Successions. 2. ed. Paris: Litec, 1992.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIRONAKA, Giselda. Os herdeiros legítimos no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 491-501.
- JOSSERAND, Louis. *De l' esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI.



- LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *GEN Jurídico*, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... Atualização de Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral... Atualização de Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVIII.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 279-294.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.
- SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In: SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, liberdade e justiça*. Curitiba: Íthala, 2017. p. 11-59.
- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao unitário: uma proposta de compreensão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Teoria interna: disciplina Regulação de Direitos Fundamentais – Mestrado UniBrasil*, 23/10/2019, 4 f. Notas de Aula. Digitado.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.
- SOBRAL, Luciane. *Planejamento sucessório: resignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais*. 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, 2019.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

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

TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les successions. Les libéralités*. Paris: Dalloz, 1983.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SOBRAL, Luciane. A intangibilidade da legítima e os interesses dos sucessores: entre limites internos e externos à liberdade de testar. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 3, p. 105-130, jul./set. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.03.005.

---

Recebido em: 22.09.2022

Aprovado em: 15.01.2023